

COMPILACIÓN DE SENTENCIAS

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *2011*

*SEGUNDA PARTE. Informes por países de jurisprudencia relevante en materias de
justicia constitucional y derechos fundamentales 2010-2011*

TABLA DE CONTENIDO

ARGENTINA

[Sentencia 1.](#) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sosa, Eduardo Emilio c. Provincia de Santa Cruz. 14/09/2010. Fallos, 333:1770.

[Sentencia 2.](#) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Mazzeo, Julio L. y otros. 13/07/2007. Fallos, 330:3248

[Sentencia 3.](#) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo. 31/08/2010. Fallos, 333:1657

[Sentencia 4.](#) Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 05/09/2007. Fallos, 330:3908

[Sentencia 5.](#) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Editorial Perfil S.A. y otro c. E.N. —Jefatura Gabinete de Ministros. 02/03/2011. Fallos, 334:109.

[Sentencia 6.](#) Corte Suprema de Justicia de la Nación. Méndez, Daniel Roberto s/recurso de casación. 01/11/2011.

[Sentencia 7.](#) Corte Suprema de Justicia de la Nación. R. P., R. D. c. Estado Nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado. 19/04/2011. Fallos, 334:445

BOLIVIA

[Sentencia 1.](#) Auto Constitucional N° 288/99- R. Freddy Arraya Llanos contra el Dr. Jaime Márquez. 29/10/1999. Magistrado Relator: Dr. José Antonio Rivera Santiviáñez.

[Sentencia 2.](#) Sentencia Constitucional N° 1042/00 – R. Celestino Marca Quispe contra María del Pilar Ruiz de Morales, Directora del Hospital Universitario “UNIVALLE”. 9/11/ 2000. Magistrado Relator: Dr. José Antonio Rivera Santiviáñez.

[Sentencia 3.](#) Sentencia Constitucional 1216/2003-R. 26/08/2003. Primer Magistrado Relator: Dr. José Antonio Rivera Santiviáñez. Segundo Magistrado Relator: Dr. René Baldivieso Guzmán.

[Sentencia 4.](#) Sentencia Constitucional 0482/2011-R. 25/04/2011. Magistrado Relator: Dr. Juan Lanchipa Ponce.

[Sentencia 5.](#) Sentencia Constitucional 0773/2011-R. 20/05/2011. Magistrado Relator: Dr. Abigael Burgoa Ordóñez.

[Sentencia 6.](#) Sentencia Constitucional 1709/2004-R. 22/10/2004. Magistrado Relator: Dr. Willman Ruperto Durán Ribera.

[**Sentencia 7.** Sentencia Constitucional 1716/2010-R. 25/10/2010. Magistrado Relator: Dr. Ernesto Félix Mur.](#)

[**Sentencia 8.** Sentencia Constitucional 0318/2011-R. 1/04/2011. Magistrada Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños.](#)

[**Sentencia 9.** Sentencia Constitucional 1529/2011-R. 11/10/2011. Magistrado Relator: Dr. Ernesto Félix Mur.](#)

BRASIL

Sentencia 1. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 633703/MG2. Relator: Min. Gilmar Mendes.

Sentencia 2. VOTO. O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator).

Sentencia 3A. Argüição De Descumprimento De Preceito Fundamental 187 Distrito Federal. Relator: Min. Celso De Mello.

Sentencia 3B. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187 Distrito Federal. VOTO (s/ mérito). O Senhor Ministro Celso De Mello- (Relator).

CHILE

[**Sentencia 1.** Corte de Apelaciones. Recurso 651-2010. 10/11/2010. Corte Suprema. Recurso 8902/2010. 26/01/12. Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.](#)

[**Sentencia 2.** Corte de Apelaciones N° 303-2010. 20/01/2011. Corte Suprema. Recurso 1122/2011. 21/04/2011. Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.](#)

[**Sentencia 3.** Corte de Apelaciones N° 409 – 2010. CIV. 20/08/2010. Corte Suprema. Recurso 6391/2010. 27/10/2010.](#)

[**Sentencia 4.** Rol 1710-10-INC. 06/08/2010.](#)

COLOMBIA

[**Sentencia 1.** Sentencia T-585/10. Acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. 22/07/2010.](#)

[**Sentencia 2.** Sentencia T-841/11. Referencia: expediente T-3.130.813. Acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. 03/11/2012.](#)

[**Sentencia 3.** Sentencia T-740/11. Referencia: expediente T-2.438.462. Acción de tutela instaurada por María Isabel Ortiz contra Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. 03/10/2011.](#)

Sentencia 4. Sentencia C-702/10. Demanda de inconstitucionalidad de acto legislativo por vicios de procedimiento/Demanda de inconstitucionalidad contra acto legislativo.

Sentencia 5. Sentencia C-608/10. Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia- Cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en el trámite legislativo.

Sentencia 6. Sentencia T-745/10. Derecho a la consulta previa de comunidades afrocolombianas- Desconocimiento por obras que constituyen el proyecto construcción y mejoramiento de la vía transversal Barú.

Sentencia 7. Sentencia C-936/10. Aplicación del principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley.

Sentencia 8. Sentencia C-771/11. Referencia: expediente D-8475. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º, 4º, 6º y 7º (todos parcialmente) de la Ley 1424 de 2010. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. 13/10/2011

COSTA RICA

Sentencia 1. Exp: 08-012406-0007-CO. Res. N° 2008-14623. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 20/09/2008.

Sentencia 2. Exp: 08-011124-0007-CO. Res. N° 2008-14183. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 24/09/2008.

Sentencia 3. Exp: 08-015185-0007-CO. Res. N° 2008-018902. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. 19/12/2008.

GUATEMALA

Sentencia 1. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente 1194-2009. Corte de Constitucionalidad. 29/01/2010.

Sentencia 2. Inconstitucionalidad General Parcial. Expediente 812-2010. Corte de Constitucionalidad. 27/04/2011.

Sentencia 3. Dictamen Expediente 1523-2011. Corte de Constitucionalidad. 17/06/2012.

Sentencia 4. Amparo en Única Instancia. Expediente 548-2010. Corte de Constitucionalidad, en Calidad de Tribunal Extraordinario de Amparo. 25/08/2010.

Sentencia 5. Amparo en Única Instancia. Expedientes acumulados 655-2010 y 656-2010. Corte de Constitucionalidad, constituida en Tribunal Extraordinario de Amparo Guatemala. 18/01/2012.

PERÚ

[Sentencia 1.](#) Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC. 27/10/2010

[Sentencia 2.](#) Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 00228-2009-PA/TC. 04/04/2011

[Sentencia 3.](#) Sentencia del Tribunal Constitucional. EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. 09/06/2010

VENEZUELA

[Sentencia 1.](#) Sentencia N° 745. Sala Constitucional. Magistrada Ponente: Carmen Zuleta de Merchán. 15 /07/2010.

[Sentencia 2.](#) Sentencia N° 1.547. Sala Constitucional. Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales. Expediente No. 11-1130. 17/10/2011.

[Sentencia 3.](#) Sentencia N° 59. Sala Plena. Magistrado Ponente: Francisco A. Carrasquero López. Expediente AA10-L-2010-000210. 9/11/2010

[Sentencia 4.](#) Sentencia N° 60. Sala Plena. Magistrado Ponente: Fernando Ramón Vegas Torrealba. Expediente N° AA10-L-2010-000203. 9/11/2010.

ARGENTINA- Sentencia 1

Corte Suprema de Justicia de la Nación Sosa, Eduardo Emilio c. Provincia de Santa Cruz

14/09/2010

Fallos, 333:1770.

Buenos Aires, septiembre 14 de 2010

Autos y Vistos; Considerando:

1) Que esta Corte, el 20 de octubre de 2009, al revocar el pronunciamiento dictado a fs. 135/151 por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Santa Cruz, impuso al Gobernador de la provincia la carga de reponer a Eduardo Emilio Sosa en el cargo de Agente Fiscal ante dicho tribunal dentro de los treinta días de notificado, bajo apercibimiento de dar intervención a la justicia penal para que investigue la eventual comisión de un delito de acción pública.

2) Que mediante pronunciamiento del 10 de noviembre de 2009, este Tribunal rechazó los recursos de aclaratoria presentados por Daniel Román Peralta en su carácter de Gobernador y por el Fiscal de Estado de la provincia —en representación de ésta—, y el incidente de nulidad planteado por el doctor Claudio Roberto Espinosa en su condición de Agente Fiscal. Asimismo, le otorgó al gobernador un nuevo plazo de treinta días para que cumpla con lo ordenado el 20 de octubre de 2009 bajo el mismo apercibimiento.

3) Que, no obstante, el Gobernador dictó el decreto 3026, del 21 de diciembre de 2009, por el cual requirió a la legislatura provincial el desdoblamiento del cargo de Agente Fiscal en dos cargos similares, uno con competencia en material civil, comercial y laboral, y el otro con competencia en materia contencioso administrativa, superintendencia, electoral, criminal, correccional, de menores y de minería; y solicitó que se prestara acuerdo para la designación de Sosa en el primero de los cargos mencionados. El Gobernador, en el mismo decreto, declaró que con ello daba por acatado el fallo del 20 de octubre. Por su parte, el Fiscal de Estado en el escrito de fs. 878/878 vta. solicitó al Tribunal que dé por cumplida la sentencia.

4) Que el Gobernador de la Provincia de Santa Cruz, Daniel Román Peralta, no ha cumplido con el mandato que esta Corte le impuso el 20 de octubre de 2009 y le reiteró el 10 de noviembre siguiente.

5) Que, en las condiciones expuestas, procede hacer efectivo el apercibimiento y dar intervención a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia para que, por quien corresponda, se investigue la posible comisión de un delito de acción pública.

6) Que, por otro lado, en el pronunciamiento del 20 de octubre de 2009 el Tribunal puso de relieve la persistente y reiterada reticencia de las autoridades provinciales para disponer la reincorporación de Eduardo Emilio Sosa (ver considerando 18). A la fecha, y no obstante el tiempo transcurrido, la situación de incumplimiento se mantiene, por lo que la omisión en que han incurrido las autoridades provinciales configura un desconocimiento inadmisibles de sentencias de esta Corte.

7) Que corresponde al Congreso Nacional asegurar, proteger y vigilar la integridad, la autonomía y la subsistencia de las provincias, dentro de la unidad coherente del estado federal al que pertenecen (artículo 5 y 75 inciso 31).

En este sentido, el incumplimiento por parte de la provincia de Santa Cruz de una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituye un desconocimiento del principio de división de poderes que las provincias se han comprometido a garantizar (artículos 5, 116 y 117 de la Constitución Nacional), a la par que afecta la relación de subordinación propia del federalismo al que deben sujetarse todas las provincias argentinas cuando reciben un mandato del poder federal de la República (Bidart Campos, Germán; Manual de la Constitución Reformada, EDIAR, 1998, Tomo I, p. 462).

La Constitución Nacional autoriza al Congreso de la Nación a garantizar la forma republicana de gobierno (artículos 62 y 75 inciso 31), que se vería privada de la base misma que la sustenta si se ignorasen las atribuciones que el texto constitucional reconoce a esta Corte para la resolución de controversias con carácter final, quedando desquiciadas las funciones estatales, con el consiguiente desamparo de las garantías constitucionales.

En virtud de lo expuesto, corresponde poner en conocimiento del Congreso de la Nación el presente pronunciamiento a los fines de que adopte las medidas que considere pertinentes respecto de la situación informada.

Por ello, se resuelve: 1) Hacer efectivo el apercibimiento dispuesto en autos y, en consecuencia, remitir copia certificada de las piezas pertinentes a la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia para que, por quien corresponda, se investigue la posible comisión de un delito de acción pública; 2) Comunicar esta sentencia al Congreso de la Nación mediante oficios dirigidos a los señores Presidentes del Senado y de la Cámara de Diputados. Notifíquese y cúmplase. —Ricardo Luis Lorenzetti. —Elena I. Highton de Nolasco. —Carlos S. Fayt. —Juan Carlos Maqueda. —E. Raúl Zaffaroni. —Carmen M. Argibay.

ARGENTINA- Sentencia 2

Corte Suprema de Justicia de la Nación

«Mazzeo, Julio L. y otros»

13/07/2007

Fallos, 330:3248

Buenos Aires, julio 13 de 2007.

Considerando:

1) Que la presente causa se ha iniciado por la presentación efectuada en forma conjunta por Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda; Juan Manuel Castiñeiras y Ana María Astudillo, juntamente con sus representantes letrados y Alicia Palmero, en representación de la Liga Argentina por los Derechos Humanos, quienes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros, por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín (fs. 1/6).

2) Que el Juzgado Federal N° 2 de San Martín hizo lugar a la presentación, declarando la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, y dispuso privar de efectos, dentro de las actuaciones principales, la totalidad de actos y resoluciones dictadas como consecuencia del decreto mencionado. Fundó su decisión en diversas consideraciones y en los arts. 16, 18, 29, 31, 75 inc. 22, 99 inc. 5°, 109, 116 y 118 de la Constitución Nacional.

3) Que dicho pronunciamiento fue apelado por el abogado defensor de Santiago Omar Riveros, con fundamento, entre otros, en que la excepción de cosa juzgada en relación al sobreseimiento dictado a fs. 1553 se encontraba firme (fs. 68/70 y 114/129).

4) Que la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, acogió el recurso de la defensa con sustento en que ese tribunal ya se había expedido en la causa 85 acerca de la validez del indulto presidencial. Entre otras ponderaciones señaló que el indulto era un acto privativo del presidente de la República, una potestad discrecional que podía concederse incluso a los procesados. Agregó que aunque la solución de autos pudiera presentarse como repudiable desde el punto de vista estrictamente moral, ni el alcance otorgado al marco normativo vigente al momento de dictarse el indulto, ni los elementos incorporados referentes al nuevo contexto internacional jurídico del país, tenían relevancia para revisar los efectos derivados de la vigencia y aplicación de aquél, ya que generó derechos en cabeza de sus beneficiarios, cuya situación habría quedado entonces consolidada. Invocó además lo decidido por la Corte Suprema en los casos publicados en Fallos: 313:1392, 1398; 315:2421 (fs. 131/139).

5) Que apelado dicho pronunciamiento, por distintos grupos de querellantes, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto de indulto 1002/89.

Para así decidir rechazó la supuesta afectación del principio del juez natural alegada por la defensa, y consideró incompetente a la Justicia Militar para resolver el sub lite. Para ello citó el precedente de esta Corte in re: "Videla, Jorge Rafael s/incidente de excepción de cosa juzgada y

falta de jurisdicción", de Fallos: 326:2805 y el publicado en Fallos: 323:2035. También desestimó la falta de acción de los querellantes -invocada por la defensa de Riveros- con sustento en el pronunciamiento de esta Corte en la causa "Hagelin, Ragnar Erland" (Fallos: 326:3268); así como en el caso "Velásquez Rodríguez" de la Corte Interamericana -sentencia CIDH Serie C N- 7, del 21 de julio de 1989).

En cuanto al fondo de la cuestión -entre otras exhaustivas consideraciones- el a quo recordó que la reforma constitucional de 1994 acordó jerarquía constitucional a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). Señaló que si bien el decreto de indulto 1002/98 fue dictado con anterioridad al reconocimiento de la jerarquía constitucional de tales instrumentos internacionales, lo cierto era que tratándose de delitos de lesa humanidad, no existían limitaciones a su juzgamiento en tiempo y espacio, y tampoco podía concederse indultos o dictarse leyes de prescripción que impidan su juzgamiento y condena. Citó para ello jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Puso de relieve, además, la relevancia en la vigencia cronológica de estos principios internacionales, tanto de la Carta del Tribunal Internacional de Núremberg de 1945; de la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 11 de diciembre de 1946; de los principios 4° y 6° de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968.

Destacó, además, la evolución del derecho de gentes y su vinculación al principio del *ius cogens*. Mencionó las cuatro convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 ratificadas por nuestra República mediante ley 14.467. Analizó el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, creado por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la resolución 827/93 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que adoptó el Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991 y el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998 - ley 25.390- instaurando medidas tendientes a que "los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto" "no queden sin castigo", de manera de "poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes".

Señaló la preexistencia -y preeminencia- de los fundamentales derechos del hombre sobre la conformación del Estado. Concluyó que todos estos derechos son una emanación del concepto de vida y resultan por tanto inherentes al ser humano, y que la expectativa de goce y la obligación de los Estados de garantizar su plena vigencia nace con la persona misma, y que por ello la introducción expresa de los pactos y convenciones incorporados en el marco del art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, no puede ser considerado como el producto de un acordar o un otorgar, sino como un reconocimiento de derechos y libertades fundamentales cuyo origen es el del propio ser humano.

Expresó que ese marco jurídico es de aplicación directa al caso de autos, pues nuestro país desde la Constitución misma de 1853 y los códigos penales vigentes siempre incorporó en su legislación los principios fundamentales de derecho internacional y normas penales específicas bajo los cuales se sancionan los delitos de lesa humanidad.

Citó además la causa "Simón" (Fallos: 328:2056) resuelta por esta Corte. A la luz de lo expresado, concluyó que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes y en ese acto lo incorporó directamente con el consiguiente deber de su aplicación por los tribunales, respecto a los crímenes aberrantes para quienes los hayan cometido en el ámbito de cualquier jurisdicción.

Destacó, además, que el decreto en cuestión fue dictado con posterioridad a la aprobación de nuestro país de algunos de los pactos internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, y recordó además que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados aprobada por ley 19.865, confiere primacía al derecho convencional internacional sobre el derecho interno.

Consideró que en el presente caso no podía ser controvertido que los hechos que se pretenden investigar encuadran en afecciones fundamentales a la persona calificables como de "lesa humanidad". Citó el precedente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al decidir en el caso "Barrios Altos", y señaló que el decreto 1002/89, implicaba un obstáculo para la efectiva investigación y dilucidación de responsabilidades por los hechos que dieron origen a la causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, caratulada "Riveros, Santiago Omar s/ privación ilegal de la libertad", que colisionaba de manera manifiesta y frontal con los derechos expresados en los arts. 1, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Así las cosas, sostuvo que la solución que mejor realiza el valor justicia, resulta de acordar a víctimas, familiares y sociedad, el acceso a la jurisdicción a los efectos de que se investiguen los graves hechos -calificados de lesa humanidad- que motivaron las actuaciones, garantizando a las partes sometidas a esa jurisdicción, como en todo proceso, el pleno respeto de sus derechos constitucionales para que en esas condiciones se establezcan las responsabilidades penales que puedan corresponder (fs. 143/173).

6) Que contra el pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, la defensa técnica de Santiago Omar Riveros dedujo recurso extraordinario federal en los términos del art. 14 de la ley 48 (fs. 247/271).

En su escrito señala que la resolución impugnada es definitiva, toda vez que la apelación del art. 14 de la ley 48 procede no sólo contra las sentencias definitivas en el sentido estricto, sino también contra las que sin serlo formalmente ocasionan un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior.

Se agravia de que se ha violado la garantía de juez natural, dado que los hechos que se le atribuyen sucedieron dentro de un contexto de guerra, situación que habilitaba sólo a la jurisdicción militar para resolverlos. Señala que la mera remisión que hizo el a quo al precedente de esta Corte publicado en Fallos: 323:2035 "Cristino Nicolaidis y otros", para resolver el tema de la competencia, implicó desconocer que aquí se trata de un supuesto diferente al allí resuelto.

Denuncia, además, la violación del principio inmutable de la cosa juzgada, al decretarse la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, pues el control de constitucionalidad sobre tal norma ya se había ejercido en la presente causa por parte de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, que se había expedido sobre la legitimidad de dicho decreto para resolver la excepción opuesta y sobreseer al imputado el 10 de noviembre de 1989. Recordó que la cosa juzgada, conforme nuestro ordenamiento procesal, solamente puede ser atacada mediante un recurso de revisión, y que la misma está amparada incluso por los tratados internacionales. Indica que la declaración de inconstitucionalidad implicó además violar otra garantía de jerarquía constitucional que es aquella que prohíbe el doble juzgamiento (ne bis in idem).

Sobre tales premisas considera que la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89 es nula por no estar autorizada por ninguna de las normas que integran nuestro sistema procesal penal. Tacha además al pronunciamiento del a quo de arbitrario porque omitió individualizar la norma procesal o cláusula constitucional violada.

En cuanto al indulto, señala además, que ni la Constitución Nacional ni los tratados incorporados en la reforma del año 1994, prohíben tal facultad presidencial para delitos de lesa humanidad. Cita distintos precedentes internacionales que indultaron a sujetos condenados por crímenes análogos a los que se imputan en esta causa.

En cuanto a la calificación de los delitos imputados como crímenes de lesa humanidad, señala que esa clase de crímenes se cometen contra una población civil, circunstancia ésta que no se dio en el caso argentino, toda vez que el objetivo fijado por el Estado habría sido el aniquilamiento del terrorismo mediante una orden expresa impartida por el gobierno constitucional en el año 1975. En este sentido, diferencia el caso "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312) -declarado imprescriptible por la Corte- el que sin duda constituía un delito de lesa humanidad, pues en Chile no hubo una guerra contra el terrorismo sino una persecución político-ideológica mediante la comisión de delitos que, por sus fines, fueron correctamente calificados de lesa humanidad. Idénticas características tendrían los delitos cometidos en nuestro país por la "Triple A" mediante las amenazas de muerte vertidas en el año 1975, en pleno gobierno constitucional. Después de reproducir la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa, la defensa insiste en que no hubo ningún ataque generalizado o sistemático contra la población civil, por lo cual estimó que, en los casos de delitos individualmente cometidos durante las operaciones de guerra, no cabe el calificativo de lesa humanidad, sino el de delitos comunes. Señala además que no es admisible utilizar principios ius naturalistas para desconocer el derecho positivo.

Finalmente considera que las acciones penales nacidas de los hechos investigados en la causa han prescrito conforme a lo previsto en el art. 339 del Código Procesal Penal. Señala que los imputados de la causa denominada 13 se beneficiaron con la prescripción de la acción, situación que implica la violación de la garantía de igualdad.

7) Que respecto a la violación de la garantía del juez natural que invoca la defensa con sustento de que el imputado debió ser juzgado dentro del ámbito de la justicia castrense, más allá de las razones expuestas por el señor Procurador General para declarar formalmente inadmisibles las apelaciones federales, esta Corte se ha expedido sobre idénticos agravios en el precedente "Videla" (Fallos: 326:2805). Además la intervención de la justicia civil para este tipo de procesos responde al compromiso asumido por el Estado argentino al incorporar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, cuyo art. 9 establece que para tales delitos "sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular militar" (ver en este sentido voto de los jueces Petracchi y Maqueda, respectivamente en Fallos: 326:2805).

Que respecto a esta cuestión la Corte Interamericana ha sostenido "que en un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar" (caso "Palamara Iribarne" sentencia del 22 de noviembre de 2005. CIDH, Serie C N° 135, párr. 124; caso de la "Masacre de Mapiripán", CIDH, Serie C N° 134, 15 de septiembre de 2005, párr. 202; y caso "19 Comerciantes", Serie C N° 109, 5 de julio de 2004, párr. 165.)

Por tales razones corresponde desestimar los agravios del recurrente sobre este punto.

8) Que, en lo que se refiere a los restantes agravios planteados, si bien es doctrina del Tribunal que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no

reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48, de tal principio corresponde hacer excepción en los casos en los que dicho sometimiento podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación ulterior. Entre estas excepciones corresponde incluir el caso de autos, en tanto el recurso se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal, cuyo rango constitucional ha sido reconocido por esta Corte (Fallos: 308:1678; 310:360; 311:67; 314:377; 316:687, entre muchos otros); y ese derecho federal sólo es susceptible de tutela inmediata, porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por el mismo hecho anteriormente perseguido, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (Fallos: 314:377 y sus citas).

9) Que, en cuanto a lo sustancial de la cuestión, referente a la interpretación adecuada de los delitos de lesa humanidad, cabe señalar que esta Corte los ha definido y examinado exhaustivamente en los precedentes "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312) y "Simón" (Fallos: 328:2056) a cuyas consideraciones cabe remitirse (in re: Fallos: 327:3312 y 328:2056, considerandos 50 a 54 del juez Maqueda; 14 del voto del juez Zaffaroni; 31 de la jueza Highton de Nolasco; 13 del juez Lorenzetti; 10 de la jueza Argibay).

Que por las razones allí invocadas la caracterización que el recurrente reclama para los delitos investigados en el sub lite no puede encontrar favorable acogida, habida cuenta de que -como lo señala el señor Procurador General- sus apreciaciones constituyen meras disquisiciones de índole histórica política. En efecto, ellas no suponen ninguna argumentación que fundamente una distinción jurídica entre los crímenes que se denuncian en el presente caso, y los que dieron lugar a las sentencias emitidas por esta Corte. Por ello, las consideraciones allí formuladas para atribuir a tales hechos la naturaleza de crímenes de lesa humanidad, deben trasladarse de manera indefectible a los imputados en este proceso ("Arancibia Clavel" en Fallos: 327:3312 y "Simón" en Fallos: 328:2056).

10) Que, sobre la base de tal premisa, cabe tener presente que el derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, en diversos tratados y documentos prescriben la obligación por parte de toda la comunidad internacional de "perseguir", "investigar" y "sancionar adecuadamente a los responsables" de cometer delitos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos.

11) Que corresponde ahora, preliminarmente, esclarecer por qué tales obligaciones derivadas del derecho internacional resultan de aplicación perentoria en la jurisdicción argentina.

En tal sentido cabe recordar que la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma del modelo de Wesfalia difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. El derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales inter pares, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un simple *pactum associationis*, sino además, un *pactum subiectionis*. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los Estados, sino también los individuos y los pueblos (Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 145; en similar sentido ver también Lea Brilmayer, *International Law in American Courts: A Modest Proposal*, 100 *The Yale Law Journal*, 2277, 2297; 1991 y el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos referente al efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - arts. 74 y 75, Opinión Consultiva OC-2/82, Serie A N° 2, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29).

12) Que desde esta perspectiva de la protección de los derechos humanos, el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 ha postulado el reconocimiento de la dignidad inherente y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Asimismo, el art. 1 dispone que todos los seres humanos

nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Las cláusulas concernientes a la protección de los derechos humanos insertas en la Declaración se sustentan, además, en la Carta de las Naciones Unidas que en su art. 55, inc. c, dispone que dicha organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y en su art. 56 prescribe que todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el art. 55. Tales disposiciones imponen la responsabilidad, bajo las condiciones de la Carta, para cualquier infracción sustancial de sus disposiciones, especialmente cuando se encuentran involucrados un modelo de actividad o una clase especial de personas (conf. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1966, pág. 463).

13) Que estas declaraciones importaron el reconocimiento de los derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado. Esta necesaria protección de los derechos humanos, a la que se han comprometido los estados de la comunidad universal, no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente. En realidad, sus postulados sostienen que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos, lo cual no implica optar por excluyentes visiones iusnaturalistas o positivistas. La universalidad de tales derechos no depende pues de un sistema positivo o de su sustento en un derecho natural fuera del derecho positivo (conf. Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 1984, pág. 24).

Esta concepción del derecho internacional procura excluir ciertos actos criminales del ejercicio legítimo de las funciones estatales (Bruno Simma y Andreas L. Paulus, *The responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: a positivist view*, 93 *American Journal of International Law* 302, 314; 1999) y se fundamenta, esencialmente, en la necesaria protección de la dignidad misma del hombre que es reconocida en la declaración mencionada y que no se presenta exclusivamente a través del proceso de codificación de un sistema de derecho positivo tipificado en el ámbito internacional.

14) Que la importancia de esa tradición jurídica fue recogida por el art. 102 de la Constitución Nacional (el actual art. 118). La especial atención dada al derecho de gentes por la Constitución Nacional de 1853 derivada en este segmento del proyecto de Gorostiaga no puede asimilarse a una mera remisión a un sistema codificado de leyes con sus correspondientes sanciones, pues ello importaría trasladar ponderaciones y métodos de interpretación propios del derecho interno que son inaplicables a un sistema internacional de protección de derechos humanos. En efecto, desde sus mismos orígenes se ha considerado que la admisión de la existencia de los delitos relacionados con el derecho de gentes dependía del consenso de las naciones civilizadas, sin perjuicio, claro está, de las facultades de los diversos estados nacionales de establecer y definir los delitos castigados por aquel derecho (ver en tal sentido Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Hilliard, Gray and Company, 1833, Vol III, cap. XX, 1154 a 1158; también James Kent, *Commentaries on American Law*, Vol. I, parte I, New York, Halsted, 1826, especialmente caps. I, II y IX).

Cabe agregar que la positivización de los derechos humanos en el derecho internacional, como reaseguro de sus positivizaciones nacionales, es lo que hizo perder buena parte del sentido práctico del clásico debate entre positivismo y jusnaturalismo (considerando 18 del voto del juez Lorenzetti in re: "Simón" (Fallos: 328:2056)).

15) Que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*. Se trata de la más alta

fuerza del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa (in re: "Arancibia Clavel" -Fallos: 327:3312-considerandos 28 y 29 de los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco; 25 a 35 del juez Maqueda y considerando 19 del juez Lorenzetti en "Simón").

16) Que es posible señalar que existía, a la fecha de comisión de los actos precisados, un orden normativo formado por tales convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional, que consideraba inadmisibles la comisión de delitos de lesa humanidad ejecutados por funcionarios del Estado y que tales hechos debían ser castigados por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes (considerando 57 del voto del juez Maqueda in re: "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312).

17) Que tales principios se vieron fortificados y cristalizados, entre otros tratados, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecían los mismos principios, proclamando derechos básicos de las personas y deberes de los Estados para respetarlos.

18) Que la integración entre estos principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional, fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22). En efecto, allí se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer "es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía..." (Convencional Alicia Oliveira en la 220 Reunión, 30. Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, T. III, pág. 2861).

19) Que así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones. Sus normas son claras, en el sentido de aceptar como principio ya existente en ese momento, la responsabilidad de los estados al haber dado jerarquía constitucional -entre otros- a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

20) Que la preeminencia de los tratados sobre las leyes ya había sido sostenida por esta Corte con anterioridad en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492) por ello allí sostuvo que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

21) Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de

la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana -CIDH Serie C N- 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo. 124).

22) Que corresponde ahora examinar el modo en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado las obligaciones de los estados respecto de los deberes de investigación y de punición de delitos aberrantes. En este sentido, el mencionado tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que el art. 25, en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana, obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y obtener una reparación del daño sufrido.

En particular ha impuesto las siguientes obligaciones:

1) El principio general que recae sobre los estados de esclarecer los hechos y responsabilidades correspondientes que debe entenderse concretamente como un deber estatal que asegure recursos eficaces a tal efecto (CIDH - "Velásquez Rodríguez", Serie C N° 4, 29 de julio de 1988, considerandos 50 a 81);

2) Deber de los estados de garantizar los derechos de acceso a la justicia y de protección judicial (CIDH - "Loayza Tamayo", Serie C N° 33, del 17 de septiembre de 1997, considerando 57 y CIDH - "Castillo Páez", Serie C N° 43, del 27 de noviembre de 1988, considerando 106);

3) La obligación de identificar y sancionar a los autores intelectuales de las violaciones a los derechos humanos (CIDH - "Blake", Serie C N° 48, del 22 de enero de 1999, considerando 61);

4) La adopción de las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la obligación incluida en el art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Loayza Tamayo", CIDH - Serie C N° 42, del 27 de noviembre de 1998, considerando 171; "Blake", considerando 65; "Suárez Rosero", CIDH - Serie C N° 35, del 12 de noviembre de 1997, considerando 80; "Durand y Ugarte", Serie C N° 68, del 16 de agosto de 2000, considerando 143);

5) La imposición de los deberes de investigación y sanción a los responsables de serias violaciones a los derechos humanos no se encuentra sujeta a excepciones ("Villagrán Morales", CIDH - Serie C N° 63, del 19 de noviembre de 1999, considerandos 225 y 226; "Velásquez Rodríguez", Serie C N° 1, 29 de julio de 1988, párr. 176);

6) La obligación de los estados miembros de atender a los derechos de las víctimas y de sus familiares y que los delitos de desaparición y muerte sean debidamente investigados y castigados por las autoridades ("Blake", Serie C N° 36, 24 de enero de 1998 párr. 97; "Suárez Rosero", considerandos 107 y 108, 12 de noviembre de 1997; "Durand y Ugarte", Serie C N° 68, 16 de agosto de 2000, considerando 130; "Paniagua Morales", CIDH, Serie C N° 37, del 8 de marzo de 1998, considerando 173; "Barrios Altos", párr. 42, 43, y 48).

23) Que ya en el caso "Barrios Altos" la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró "inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas

prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (CIDH - Serie C N° 75, Caso Barrios Altos, sentencia del 14 de marzo de 2001, párr. 41). Por su parte el juez García Ramírez, en su voto concurrente, señaló que las "disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos" (párr. 11).

En este mismo sentido, pero más enfáticamente en el caso "Almonacid", la Corte Interamericana señaló que los crímenes de lesa humanidad son serios actos de violencia que dañan a los seres humanos al golpear lo más esencial para ellos: su vida, su libertad, su bienestar físico, su salud y/o su dignidad. Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo. Agregó que por ello los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.

Señaló que por ello los Estados no adoptarán medidas legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad (Caso Almonacid Arellano y otros. CIDH - Serie C N° 154, sentencia del 26 de septiembre del 2006).

24) Que, por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya en el informe 28/92 sostenía que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos - desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros- cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492, 23.521 y el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y consideró que tales disposiciones resultan incompatibles con los arts. 1, 8, y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Informe 28/92, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, Argentina del 2 de octubre de 1992).

25) Que, en consecuencia, de aquellas consideraciones surge que los estados nacionales tienen la obligación de evitar la impunidad. La Corte Interamericana ha definido a la impunidad como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" y ha señalado que "el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares" (conf. casos Castillo Páez, Serie C N° 43, párrafos 106 y 107 y Loayza Tamayo, Serie C N° 42, párrafos 169 y 170, ambos del 27 de noviembre de 1998).

En términos análogos a los tratados aquí examinados se expide la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada el 20 de abril de 1989.

26) Que, del mismo modo, dentro del ámbito de las Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en su Preámbulo menciona de manera expresa "...la obligación que incumbe a los estados en virtud de la Carta [de las Naciones Unidas], en particular del artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y libertades fundamentales, y en su articulado impone a los estados el deber de perseguir esa clase de delitos e imponer penas adecuadas (4.2)" (considerando 22 del voto de la jueza Highton de Nolasco in re: "Simón" (Fallos: 328:2056).

Tal Convención fue suscripta en el año 1984, y el 24 de septiembre de 1986 el gobierno argentino depositó en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el instrumento de ratificación, o

sea que el decreto 1002/89 fue dictado con posterioridad a la entrada en vigencia de tal Convención.

El Comité contra la Tortura también se ha expedido en contra de las medidas de impunidad en la Argentina (Comunicaciones 1/1988; 2/1988; 3/1988), y en recientes precedentes ha recordado su jurisprudencia según la cual los Estados Partes tienen la obligación de sancionar a las personas consideradas responsables de la comisión de actos de tortura, y que la imposición de penas menos severas y la concesión del indulto son incompatibles con la obligación de imponer penas adecuadas ("Sr. Kepa Urra Guridi v. Spain", Comunicación N° 212/2002, U.N. Doc. CAT/C/34/D/212/2002 [2005]).

27) Que, por su parte, el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente al referirse al caso argentino sostuvo que la ley de punto final y de obediencia debida y el indulto presidencial de altos oficiales militares, son contrarios a los requisitos del Pacto, pues niegan a las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, durante el período del gobierno autoritario, de un recurso efectivo, en violación de los arts. 2 y 9 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina, 5 de abril de 1995, CCPR/C/79/Add. 46; A/50/ 40, párr. 144-165). También ha señalado que pese "a las medidas positivas tomadas recientemente para reparar injusticias pasadas, incluida la abolición en 1998 de la Ley de obediencia debida y la Ley de punto final,...Las violaciones graves de los derechos civiles y políticos durante el gobierno militar deben ser perseguibles durante todo el tiempo necesario y con toda la retroactividad necesaria para lograr el enjuiciamiento de sus autores" (Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina. 3 de noviembre de 2000 CCPR/CO/ 70/ARG).

28) Que las consideraciones expuestas, derivadas de los tratados internacionales, de la jurisprudencia y recomendaciones de sus organismos interpretativos y de monitoreo, han llevado a este Tribunal, a través de diversos pronunciamientos, a reconocer el carácter imprescriptible de los delitos de lesa humanidad ("Arancibia Clavel", Fallos: 327:3312); a declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final ("Simón", Fallos: 328:2056); a reconocer el derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones de los derechos humanos ("Urteaga", Fallos: 321: 2767); a otorgar rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos ("Hagelin", Fallos: 326:3268); y también a replantear el alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados ("Videla" Fallos: 326:2805).

29) Que ahora, en esa misma senda y en base al mismo plexo normativo antes expuesto, producto de una hermenéutica de normas y jurisprudencia nacional e internacional, le corresponde a esta Corte declarar la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad.

30) Que el art. 99 de la Constitución Nacional -previsto anteriormente en el inc. 6° del art. 86- establece que "El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones... inc. 5) Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados".

El indulto, por sus orígenes, la razón que lo informa y los antecedentes históricos y de doctrina, importa la indulgencia, la clemencia, la gracia, el perdón social, ejercido por el órgano del jefe del Estado, a favor de aquellas personas a cuyo respecto las leyes penales, en su aplicación a casos concretos, resultan de una severidad imprevista y desproporcionada. Es un supremo recurso destinado a remediar los errores inevitables de los jueces y a mitigar las sanciones. En muchos casos, el Poder Judicial ponía en conocimiento al Poder Ejecutivo de aquellas causas donde se había generado una situación que ameritaba ponderar el ejercicio del indulto (ver Fallos: 3:87, año 1866; 29:330 año 1886, entre otros).

De los libros de Fallos de este Tribunal, surge un histórico debate jurisprudencial -que también se había dado en la doctrina- referente a si la facultad de indultar sólo puede ser utilizada respecto de personas previamente condenadas o si se extendía también a los procesados sin condena (ver Fallos: 6:227; 120:19; caso "Ibáñez", Fallos: 136:244; 165:199; 315:2421; 323:2648).

31) Que lo cierto es que los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo.

Por ello tratándose el sub lite de la investigación de esa clase de delitos, cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes.

Por tal razón, resulta inocuo para la resolución del caso que hoy esta Corte entre a analizar si la facultad de indultar prevista en el art. 99 de la Constitución Nacional abarca a los procesados o no, o si tiene características similares a la amnistía o no, pues en definitiva dicha potestad del Poder Ejecutivo, así como las amnistías, quedan reservadas para delitos de distinta naturaleza que los que se investigan en el sub lite.

Por esas mismas razones, resulta innecesario dilucidar ahora si el objetivo que reserva nuestra Carta Magna al indulto es compatible con los fundamentos de carácter general esgrimidos en el decreto 1002/89 referentes a la supuesta necesidad de adoptar medidas que generaran las condiciones propicias para alcanzar la concordia, el mutuo perdón, la reconciliación, pacificación y la unión nacional.

32) Que, en síntesis, al momento de la promulgación del decreto 1002/89 existía un doble orden de prohibiciones de alto contenido institucional que rechazaba toda idea de impunidad respecto de los Estados Nacionales. Por un lado, un sistema internacional imperativo que era reconocido por todas las naciones civilizadas y, por otra parte, un sistema internacional de protección de los derechos humanos constituido, entre otros, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De este modo, la decisión de cerrar los procesos criminales cercenó las obligaciones internacionales destinadas a comprobar los delitos denunciados, de identificar a sus autores, cómplices y encubridores, y de imposición de las sanciones correspondientes, así como el derecho de las víctimas a un recurso eficaz para lograr tal cometido.

33) Que desde esta perspectiva resulta claro que las garantías constitucionales de cosa juzgada y ne bis in idem, invocadas por los imputados en su defensa, tienen una dimensión que requiere algunas precisiones.

Cabe recordar que la garantía de la cosa juzgada ha sido reconocida por nuestros tribunales como una derivación implícita de diferentes cláusulas de la Constitución Nacional. Hoy, además, está expresamente prevista en los arts. 8. inc. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 inc. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte, al referirse a dicha garantía ha sostenido que "la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público, siendo el respeto de la cosa juzgada uno de los pilares fundamentales

sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional" (Fallos: 312:122; 313:904, 1297). Sin embargo, dicho principio ha estado sujeto a algunas excepciones. Entre otras razones, el Tribunal entendió que la afectación a "...la seguridad jurídica, propia de las sentencias firmes...no debe ceder a la razón de justicia" (Fallos: 254:320); y que es conocido el principio conforme con el cual son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. Y que no puede invocarse tal garantía cuando "...no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial, ni puede aceptarse que, habiendo sido establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también aquellos supuestos en [que] los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio..." (Fallos: 279:54, entre otros).

Cabe tener presente además que la cosa juzgada se dirige a lograr la plena efectividad de la prohibición de la doble persecución penal (Fallos: 315:2680). Así, ambas garantías se encuentran íntimamente interrelacionadas en cuanto a su objeto y fin.

34) Que respecto de la prohibición a la doble persecución penal, la jurisprudencia de la Corte ha sido inspirada en la de su par norteamericana (Fallos: 299:221; dictamen del señor Procurador General en Fallos: 298:736). Ello lo fue incluso al definir su objeto que es "impedir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad" (Fallos: 298:736).

35) Que, lo cierto es que, más allá de cuáles son los contornos precisos de la garantía que prohíbe el doble juzgamiento respecto de delitos comunes, en el derecho humanitario internacional los principios de interpretación axiológicos adquieren plena preeminencia, tanto al definir la garantía del ne bis in idem como la cosa juzgada.

Ello así en la medida en que tanto los estatutos de los tribunales penales internacionales como los principios que inspiran la jurisdicción universal, tienden a asegurar que no queden impunes hechos aberrantes. Por ello, sin perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso.

En efecto, por ello el Estatuto de la Corte Penal Internacional otorga un carácter acotado a la cosa juzgada. En efecto en su art. 20 señala que el tribunal internacional entenderá igualmente en aquellos crímenes aberrantes, cuando el proceso llevado a cabo en la jurisdicción local tuviera como finalidad sustraer de su responsabilidad al imputado, o el proceso no haya sido imparcial o independiente, o hubiera sido llevado de un modo tal que demuestre la intención de no someter al acusado a la acción de la justicia.

Por su parte el Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, expresa que la persona que ha sido juzgada ante un tribunal nacional por actos que constituyan serias violaciones al derecho internacional humanitario, puede ser subsecuentemente juzgado por el tribunal internacional cuando los actos por los cuales ha sido juzgado fueron calificados como delitos comunes, o cuando el proceso ante el tribunal nacional no fue imparcial o independiente y fue preparado para proteger al acusado de su responsabilidad internacional o la investigación no fue diligente (<http://www.un.org/icty/basic/statut/stat2000.htm>).

En idénticos términos se expresa el art. 9 de Statute of the International Tribunal of the Ruanda (<http://www.un.org/icttr/statute.html>).

A similares consideraciones arriba The Princeton Principles on Universal Jurisdiction al regular los alcances de la garantía contra la múltiple persecución en crímenes de lesa humanidad (art. 9).

Es de público conocimiento que ciudadanos argentinos han puesto en marcha la jurisdicción extranjera para obtener condenas que no podían reclamar en la jurisdicción nacional, que hubo condenas en el extranjero, y que han mediado pedidos de extradición por esos crímenes, es decir, el principio universal, que era una mera posibilidad potencial, con posterioridad...comenzó a operar en forma eficiente y creciente (considerando 32) del voto del juez Zaffaroni in re "Simón" (Fallos: 328:2056).

36) Que, finalmente cabe reiterar que "a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Barrios Altos' CIDH - Serie C 75, del 14 de marzo de 2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como [las aquí investigadas]" (considerando 12 del voto del juez Petracchi en "Videla"; considerando 16 del voto del juez Maqueda en "Videla").

Recientemente, todos estos principios han sido ratificados por el mencionado tribunal interamericano al señalar que:

"En lo que toca al principio ne bis in idem, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada 'aparente' o 'fraudulenta'. Por otro lado, dicha Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana, desplazan la protección del ne bis in idem".

Finalmente resolvió que el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables (caso "Almonacid", CIDH - Serie C N° 154, del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 154).

37) Que así los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y ne bis in idem no resultan aplicables respecto de este tipo de delitos contra la humanidad porque, "los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche..." (voto de la jueza Argibay in re: "Simón" (Fallos: 328:2056).

38) Que si bien la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que impone a la Corte la mayor medida al ejercer el elevado control de constitucionalidad de las leyes (Fallos: 311:394; 312:122, 1437, entre otros), lo cierto es que a través de tal decisión se pretende cumplir con el deber que tiene el Estado de organizar las estructuras del aparato gubernamental a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (CIDH Serie C N° 7 "Velásquez Rodríguez").

Por tales razones esta Corte declara inconstitucional el decreto del Poder Ejecutivo 1002/89 que dispuso el indulto del aquí recurrente (arts. 18, 31, 75, inc. 22, 99, inc. 5, 118 de la Constitución

Nacional; 1º, 8.4 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Por ello se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Con costas. Notifíquese y devuélvase. - Ricardo L. Lorenzetti. - Elena I. Highton de Nolasco. - Carlos S. Fayt (en disidencia). - Juan C. Maqueda. - E. Raúl Zaffaroni. - Carmen M. Argibay (en disidencia parcial).

Disidencia del doctor Fayt:

Considerando: 1) Que el presente incidente se inició a partir de la presentación conjunta efectuada por Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda, Juan Manuel Castiñeiras, Ana María Astudillo -juntamente con sus representantes letrados- y Alicia Palmero, en representación de la Liga Argentina por los Derechos Humanos. Los comparecientes solicitaron la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/89, mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros por los hechos a él imputados en la causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín.

2) Que el Juzgado Federal N° 2 de San Martín resolvió declarar la inconstitucionalidad del decreto mencionado y privar de efectos, tanto en las actuaciones principales como en casos conexos, a la totalidad de actos y resoluciones dictados en su consecuencia.

3) Que dicho pronunciamiento fue apelado por la defensa de Santiago Omar Riveros, con fundamento en que el sobreseimiento dictado a fs. 1533 por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín se encontraba firme. Sostuvo el apelante que con el dictado de esa decisión se hizo, además, caso omiso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en una causa idéntica a la presente rechazó un planteo de inconstitucionalidad sobre el mismo decreto, remarcando expresamente el respeto por la cosa juzgada (fs. 68/70 vta. del incidente de inconstitucionalidad).

4) Que la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín resolvió acoger el recurso interpuesto y, en consecuencia, revocar el auto apelado. Para así decidir, el Tribunal de segunda instancia reiteró los fundamentos expresados en la antigua resolución de fs. 1533/1575 del principal, en la cual se había hecho lugar a la excepción de indulto deducida y sobreseído al procesado Riveros. En tal oportunidad la cámara había destacado que: el indulto es un acto privativo del presidente de la República de naturaleza política e individual; que el decreto 1002/89 había sido dictado con todas las características propias del instituto en uso de las facultades jurídico políticas que al presidente le acordaba el art. 86, inc. 6, de la Constitución Nacional (actual art. 99, inc. 5); que la potestad de indultar es discrecional dentro de los límites de la norma invocada; que el juicio presidencial sobre su oportunidad, conveniencia y alcance configura un objeto ajeno a la revisión judicial (con cita de Fallos: 220:730); que al haberse cumplido con el trámite esencial previsto en las disposiciones constitucionales vigentes, resultaba formalmente válido y que podía ser acordado tanto a condenados como a procesados. Agregó que con posterioridad a esa primigenia decisión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró mal concedidos los recursos extraordinarios interpuestos (Fallos: 313:1392, 1398).

Asimismo, remarcó que los efectos producidos por el decreto 1002/89 no pudieron ser cancelados por la posterior evolución en el derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que aquél "generó derechos en cabeza de sus beneficiarios, cuya situación quedó consolidada [por lo que] resulta[ba] en la actualidad jurídicamente irrevisable". En virtud de lo reseñado, la cámara concluyó que "a partir del dictado del indulto mediante el mecanismo constitucional pertinente, recepción y aplicación en causa judicial respecto de persona determinada, y pleno reconocimiento de su constitucionalidad por el máximo órgano judicial del país, aquél se consolidó, de manera que no puede ahora desconocerse el derecho que generó para el beneficiario". La cámara subrayó que su primera decisión por la que rechazó la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, se hizo lugar a

la excepción de indulto y se sobreseyó definitivamente al procesado Riveros en orden a los delitos imputados, adquirió firmeza con autoridad de cosa juzgada (arts. 443, inc. 5° y 454 del Código de Procedimientos en Materia Penal) y que, por lo tanto, no correspondía rever ahora su operatividad.

En definitiva, la cámara reiteró en esta segunda oportunidad que el indulto cuestionado cumplió con el trámite esencial de validez que habilitó su dictado y tuvo control judicial suficiente, con intervención de los dos poderes del Estado (ejecutivo y judicial) en el ejercicio de sus respectivas competencias. Por lo demás, remarcó que a la primigenia decisión en la que se afirmó la validez del indulto, se había arribado encontrándose vigentes varios instrumentos de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, no considerándose el indulto en oposición a este marco normativo vigente.

5) Que contra dicha decisión, tres grupos de querellantes interpusieron sendos recursos de casación e inconstitucionalidad que dieron lugar a la formación de tres cuerpos separados y que fueron sucesivamente concedidos por el tribunal.

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar al recurso, rechazó las nulidades aducidas por la defensa y se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 (fs. 143/173). En lo atinente a la pretensión nulidicente, el a quo entendió que no existió en el presente caso una afectación al principio de juez natural. Desechó la tesis según la cual resultaría competente la Justicia Militar, invocando lo resuelto por esta Corte "in re" "Videla, Jorge Rafael s/incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción" -Fallos: 326:2805- (con cita de "Nicolaidis", -Fallos: 323:2035-). En lo que concierne a la supuesta falta de acción de los querellantes, el rechazo se construyó a partir de lo decidido también por esta Corte en la causa "Hagelin, Ragnar Erland" -Fallos: 326:3268-, así como por lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Velázquez Rodríguez" (sentencia CIDH, Serie C N° 7, 21 de julio de 1989). En cuanto a la cuestión de fondo, el a quo concluyó (a partir del examen de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos) que cuando los hechos imputados son calificados como delitos de lesa humanidad, no hay posibilidad de que indultos o leyes de prescripción impidan su juzgamiento o condena. Agregó que el marco jurídico respecto del cual el Tribunal europeo fundó sus decisiones era de aplicación directa en el sub lite, en tanto la Constitución de 1853 incorporó los principios fundamentales del derecho internacional, mientras que normas penales tipificaron delitos de lesa humanidad. También afirmó que diversos tratados de derechos humanos son (por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena) ley suprema de la Nación (con cita de los casos "Ekmekdjian" -Fallos: 315:1492- y "Simón" -Fallos: 328:2056-). Agregó que más allá de la existencia de esos Pactos debía destacarse la preexistencia de los fundamentales derechos del hombre sobre la conformación del Estado. En el mismo sentido, señaló que tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la de la Corte Nacional han destacado la evolución del Derecho de Gentes y su supremacía. Esta visión universalista -agregó el a quo- requiere del efectivo funcionamiento del principio ius cogens. Relacionó lo afirmado con el texto de los Estatutos de los tribunales internacionales para Ruanda y para la ex Yugoslavia, así como con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos". Concluyó que la colisión frontal con atributos esenciales del ser humano y la consiguiente responsabilidad que comprometía al Estado argentino privaban de eficacia al decreto 1002/89 y conllevaban a declarar su inconstitucionalidad. Con respecto al planteo de cosa juzgada, el a quo señaló que este tipo de institutos requiere para juzgar su validez, observar cuáles son las consecuencias que generan. Concluyó, entonces, que cuando existe un conflicto entre el interés del beneficiario del indulto y el derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva, debe resolverse a favor de los derechos que tutelan atributos fundamentales de la persona, removiéndose todo obstáculo que los cercene.

6) Que contra dicho pronunciamiento, la defensa técnica del imputado Santiago Omar Riveros dedujo el recurso extraordinario federal en los términos del art. 14 de la ley 48 (fs. 247/271) que fue concedido a fs. 323. Según el recurrente:

a. se habría violado la garantía del juez natural, toda vez que por haber ocurrido en tiempo de guerra, los hechos de la causa debían ser competencia de la jurisdicción militar.

b. el procedimiento que aplicó el tribunal para atacar la cosa juzgada no resultaría adecuado a derecho. En el caso se habría producido una violación de la garantía del ne bis in idem. Sobre la cuestión, el recurrente señaló que el control de constitucionalidad respecto del decreto 1002/89 ya había sido ejercido en la misma causa por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en el año 1989. Agregó que en dicha oportunidad se concluyó que el decreto no resultaba violatorio de la Constitución Nacional y se sobreseyó al imputado, sobreseimiento que quedó firme. Por tal razón, ningún juez podría ahora -en el mismo proceso- declarar la inconstitucionalidad de ese mismo acto jurídico. Agregó que esa declaración que motivaba el presente recurso era absolutamente nula, toda vez que no se encontraba autorizada por ninguna de las normas procesales que integran nuestro sistema procesal penal, violándose, a su vez, la garantía constitucional del ne bis in idem. Resaltó por último, que el principio de cosa juzgada protege a la persona de la incertidumbre y de la posibilidad de que el Estado decida utilizar el proceso penal como un instrumento de persecución política constante y que el proceso penal debe ser un mecanismo para arribar a una decisión y nunca un instrumento de control social.

c. no se habría individualizado la cláusula constitucional violada, configurándose, entonces, un supuesto de arbitrariedad.

d. la interpretación según la cual se prohíbe el indulto respecto de delitos de lesa humanidad resultaría infundada. En este sentido, remarcó que la imprescriptibilidad de los delitos imputados que como argumento ha sido considerado en el fallo nada tiene que ver con las facultades del Poder Ejecutivo para dictar indultos (seguramente en referencia a la sentencia del Tribunal Europeo). Agregó que ni la Constitución Nacional ni los tratados incorporados a ella prohíben el indulto por delitos de lesa humanidad. Citó por último distintos casos en el orden internacional por los que se indultaron a personas condenadas por crímenes calificados como de lesa humanidad.

e. También resultaría falta de fundamentación la propia caracterización de los delitos objeto de imputación como crímenes de lesa humanidad, toda vez que esa clase de crímenes se cometen como ataque generalizado o sistemático contra una población civil, circunstancia que no se habría dado en el caso argentino en tanto el objetivo habría sido el aniquilamiento del terrorismo conforme una orden expresa impartida por el gobierno constitucional en el año 1975 (reprodujo, luego, la Directiva 1/75 del Consejo de Defensa).

f. las acciones penales nacidas de los hechos imputados habrían prescrito, lo que debía ser declarado de oficio como cuestión de orden público y resuelto previamente a toda cuestión. Agregó que muchos de los hechos imputados en la causa 13 -conocida como el juicio de los "comandantes"- fueron declarados prescriptos por la Cámara Federal en la conocida sentencia, pronunciamiento que quedó firme luego de que esta Corte lo convalidara, lo que pasó en autoridad de cosa juzgada. Advirtió que la adopción de una postura antagónica respecto de los subordinados podría significar una violación al principio constitucional de igualdad ante la ley. Agregó que también el imputado Riveros resultó en este mismo proceso sobreseído por haberse declarado extinguida la acción penal por prescripción respecto de una gran cantidad de hechos similares a los ahora imputados (se entiende que con anterioridad al dictado del indulto). Por lo tanto este tipo de hechos resultarían susceptibles de prescripción o "prescriptibles", lo que implicaría un contrasentido con lo aquí decidido.

7) Que a partir del año 1940 (Fallos: 186:289) esta Corte ha elaborado la doctrina según la cual la prescripción en materia penal es de orden público y debe ser declarada de oficio por el tribunal

correspondiente. Agregándose luego que se produce de pleno derecho (Fallos: 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 310:2246; 311:1029, 2205; 312: 1351; 313:1224; disidencias de los jueces Fayt, Bossert y de Petracchi y Boggiano en 322:360; 323:1785, entre otros) y que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (Fallos: 322:300). Asimismo se señaló que debe ser declarada en cualquier instancia del juicio (Fallos: 313: 1224) y por cualquier tribunal (voto de la mayoría en Fallos: 311:2205).

Sentado ello, corresponde precisar que si bien se ha señalado reiteradamente que la cuestión de la prescripción no reviste naturaleza federal por ser materia de hecho y de derecho común propia de los jueces de la causa (Fallos: 211: 1701; 217:98; 221:294; 272:17; 308:627, entre muchos otros), ello no obstaba a la intervención del Tribunal cuando se tratare de una sentencia arbitraria (Fallos: 211:1448, entre otros). En el caso, los jueces de la causa se pronunciaron sobre el punto vulnerando claramente los postulados de *lex praevia*, *certa* y *scripta*, tributarios del principio de legalidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional.

8) Que, en efecto, para arribar a la declaración de inconstitucionalidad del decreto en cuestión, el a quo debió sortear como primer impedimento el de la prescripción de la acción penal (si bien el razonamiento adoptado le permitió -con argumentos que resultan difíciles de escindir- pronunciarse de manera indistinta sobre la inaplicabilidad del principio de cosa juzgada y sobre la propia inconstitucionalidad del decreto 1002/89. En efecto, el a quo reflexionó de un modo un tanto desarreglado, pues si bien su razonamiento parece dirigirse a atacar el decreto de indulto, en varios pasajes se entiende también encaminado a conjurar la extinción de la acción penal por prescripción, tarea que resultaba ineludible.

Como primer argumento la cámara basó su conclusión en una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos que demostraría "acabadamente" que si los actos objeto de juzgamiento incluyen delitos de lesa humanidad no "pueden administrarse (...) leyes de prescripción que impidan su juzgamiento y condena" (lo mismo predicó respecto del indulto a fs. 155). Para ello, el Tribunal Europeo habría remarcado la relevancia que para los principios internacionales enunciados había tenido la Carta del Tribunal Internacional de Nüremberg, la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los principios 4° y 6° de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad.

Al respecto el a quo afirmó -como ya se ha adelantado- que diversos tratados de derechos humanos son, por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena, ley suprema de la Nación (con cita de los fallos "Ekmekdjian" -Fallos: 315:1492- y "Simón" -Fallos: 328:2056-). Asimismo concluyó que ese marco jurídico era de aplicación directa en el sub lite en tanto la Constitución de 1853 incorporó los principios fundamentales de derecho internacional y normas penales específicas bajo las cuales se sancionaron delitos de lesa humanidad (sin especificar en ningún caso cuáles serían esas cláusulas).

9) Que corresponde recordar sintéticamente lo dicho en los casos "Arancibia Clavel" -Fallos: 327:3312- y "Simón" -Fallos: 328:2056- -disidencias del juez Fayt- con respecto al postulado de imprescriptibilidad. A ello deben añadirse algunas consideraciones complementarias. Cabe aclarar que las notas compartidas por los institutos de prescripción e indulto -en tanto "impedimentos" para investigar- serán examinadas al tratar esa primera cuestión, a fin de guardar un orden metodológico.

Como se adelantó, para sostener la aplicación del principio de imprescriptibilidad la Cámara de Casación basó sus conclusiones casi exclusivamente en un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, la que, a su vez, centró su argumentación, entre otros tratados, en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Ahora bien, el primer argumento utilizado por el a quo no puede ser otro que el de la aplicación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad; de lo contrario carecería de sentido la alusión al art. 27 de la Convención de Viena, así como la consideración de aquella como ley suprema de la Nación. Aclarada esta cuestión, es evidente que siendo su aprobación posterior a los hechos de la causa se estaría fundamentando implícitamente su aplicación retroactiva. Al respecto cabe recordar que si bien la Convención fue adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968, recién fue aprobada por el Estado argentino el 29 de noviembre de 1995 mediante la ley 24.584.

10) Que ya en los mencionados casos "Arancibia Clavel" y "Simón" -disidencias del juez Fayt- se señaló que no debían ser confundidos el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad previsto en la mencionada Convención y su aplicación retroactiva. Así se aclaró que con respecto al principio de imprescriptibilidad -en cuanto rotunda exhortación desde el plano internacional- el Estado argentino había demostrado encontrarse absolutamente comprometido a partir de la sanción de la ley 24.584 por la que aprobó la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", así como también con la sanción de la ley 25.778 del 3 de septiembre de 2003 que la incorporó con jerarquía constitucional. De ese modo resultaba claro que las reglas de jerarquía inferior sobre prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno (art. 62 del Código Penal), habían quedado desplazadas por la mencionada Convención.

Empero, tal como se afirmó en las mencionadas disidencias, una cuestión muy distinta resulta que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente. De esa manera se lesionaría el principio *nullum crimen sine poena legali*. Al respecto se recordó que la jurisprudencia de la Corte ha interpretado esta garantía como aquella que prohíbe la aplicación de disposiciones penales posteriores al hecho que modifiquen in malam partem cualquier requisito del que dependa la punibilidad del hecho. Así, ha sostenido que el principio de legalidad comprende "la exclusión de disposiciones penales posteriores al hecho infractor 'leyes ex post facto' que impliquen empeorar las condiciones de los encausados...el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal' desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva" (Fallos: 287:76 in re "Mirás"). Del mismo modo lo entendieron los jueces Zaffaroni y Highton de Nolasco al considerar que el instituto de la prescripción estaba estrechamente ligado al principio de legalidad (conf. su voto en "Arancibia Clavel" -Fallos: 327:3312-, en especial considerando 28).

Se sostuvo también en las disidencias ut supra citadas que éste era el alcance correcto del principio de legalidad en todos sus aspectos, en tanto "la sujeción [a la ley] debe garantizar objetividad: el comportamiento punible y la medida de la pena no deben determinarse bajo la impresión de hechos ocurridos pero aún por juzgar, ni como medio contra autores ya conocidos, sino por anticipado y con validez general, precisamente mediante una ley determinada, sancionada con anterioridad al hecho [por ello] el principio abarca a todos los presupuestos de punibilidad y no está limitado al ámbito de lo imputable (...): especialmente, también la prescripción ha de estar legalmente determinada y no cabe prorrogarla retroactivamente, tanto si antes del acto de prórroga ha expirado el plazo como si no. El aspecto de confianza de carácter psicológico, extravía hasta llevar a la asunción de que la prescripción no es objeto del principio de legalidad, dado que aquella no desempeña en el cálculo del autor papel alguno digno de protección. Pero no se trata de eso. Más bien lo decisivo es que el Estado, al prorrogar el plazo de prescripción (...) amplía su competencia para punir, y ello, en la retroactividad deliberada [*Gewollte Rückwirkung*], también bajo la impresión de hechos ya sucedidos, pero aún por juzgar" (Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Walter de Gruyter Verlag, Berlín u. New York, 1991, 4/9; ...). Así se había concluido que conceder eficacia ex post a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afectaba indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de

legalidad establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional (disidencias del juez Fayt en "Arancibia Clavel" y "Simón").

11) Que en dicha oportunidad se subrayó que aun cuando pudiera entenderse que en el caso de la Convención sobre Imprescriptibilidad, es el propio texto de una convención con jerarquía constitucional, el que prevé su aplicación retroactiva (así lo ha inferido en base a sus arts. I y IV un amplio sector doctrinario, aunque no sin detractores (entre otros, los jueces Zaffaroni, Highton de Nolasco y Petracchi tal como puede observarse en el fallo "Arancibia Clavel"), lo cierto es que esta previsión contraria al art. 18 de la Constitución Nacional resultaría inaplicable para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Ley Fundamental. Al respecto, se recordó que en el sistema constitucional argentino dicha cláusula determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución y que sus alcances fueron motivo de examen en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires, reunida en 1860, según el Pacto de San José de Flores. Con cita de Joaquín V. González se señaló que el artículo en cuestión consagraba la supremacía de los principios constitucionales y que de él provenía la "cláusula constitucional" o "fórmula argentina" expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 y que por ello, un tratado no podía, entre otras limitaciones, restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos (disidencias del juez Fayt en los fallos "Arancibia Clavel" y "Simón").

12) Que a diferencia de lo que sostiene la Cámara de Casación en el presente caso -cuando afirma que la tesis del "doble derecho" ha sido empleada para impedir la vigencia de Derechos Humanos en poblaciones coloniales (fs. 157)- en las disidencias mencionadas se subrayó que la interpretación allí propugnada, precisamente, procura detener -ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo Tratado- el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, avienta la desnaturalización de las bases mismas del Derecho Internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía. Esta tesis puede corroborarse aquí, sin hesitaciones hoy, a poco que se observa cuáles son a la fecha los países signatarios de la Convención sobre Imprescriptibilidad.

13) Que en absoluta concordancia con el art. 27 de la Constitución Nacional también desde la ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente -como ya se hiciera referencia en las disidencias citadas- lo que se denomina un "margen nacional de apreciación", doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. OC 4/84 Serie A, N° 4, del 19 de enero de 1984). Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional (Delmas Marty Mireille, Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun en gestation, en AAVV, Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires, París, 2001, pp. 79 ss. y pássim.).

Ese criterio de la Comisión Europea de Derechos Humanos también se ve claramente reflejado en el pronunciamiento de la Corte Europea en el caso "Kolk and Kislyiy vs. Estonia" (nros. 23052/04 y 24.018/04, ECHR-2006), citado precisamente por la Cámara de Casación como fundamento principal para abonar su postura. Sin embargo, el alcance que le da el a quo a esta decisión no se condice con el que realmente tuvo.

En efecto, lo que allí se intentó determinar -como no podía ser de otra manera- fue sólo si una sentencia de un tribunal europeo local en la que sí se había decidido aplicar el principio de imprescriptibilidad con respecto a hechos anteriores a la vigencia de la Convención sobre Imprescriptibilidad, resultaba violatorio de la Convención Europea de Derechos Humanos. Para ello el tribunal recordó que "la interpretación y aplicación del derecho interno recae, en principio, bajo la

jurisdicción de los tribunales nacionales" y que "(e)sto también es de aplicación a aquellos casos en que el derecho interno remite a reglas del derecho internacional general o bien a acuerdos nacionales". Aclaró, entonces, que "(e)l rol del tribunal se limita a evaluar si los efectos de tal interpretación son compatibles con la Convención". Por lo demás, esta fue la jurisprudencia invariable que mantuvo la Corte europea, tal como puede observarse en los precedentes "Pérez de Rada Cavanilles v. Spain" del 28 de octubre de 1998 -Reports 1998-VIII, p. 3255, 43- y Waite and Kennedy v. Germany del 18 de septiembre de 1999, application nro. 26.083/94. En esos casos dicho tribunal había recordado en virtud de invariable jurisprudencia que "desde un principio no le corresponde reemplazar a los tribunales locales. Los problemas de interpretación del derecho interno, deben ser resueltos, ante todo, por las autoridades nacionales, en particular los tribunales" en tanto "no es su tarea sustituir, por sí misma, a las jurisdicciones locales".

En virtud de esta doctrina lo único que el tribunal concluyó en el caso "Kolk" es que "no halla[ba] motivo para cuestionar la interpretación y aplicación que [hicieron] los tribunales estonios del derecho interno a la luz del derecho internacional relevante" y que por "consiguiente las cuestiones objeto de demanda no [resultaban] irrespetuosas de la... Convención" Europea.

Como se ve, a partir de esta decisión nada podría concluirse respecto de una sentencia en la que conforme los principios de derecho público local se decide que la aplicación del principio de imprescriptibilidad vulnera el de legalidad (ya sea por su aplicación retroactiva o consuetudinaria como se verá *ut infra*). A su vez, el caso planteaba particularidades que determinaban su imposibilidad de extrapolación, toda vez que allí también se encontraba en discusión la continuidad que como ex República Socialista Soviética había asumido Estonia respecto de los compromisos internacionales anteriormente asumidos.

14) Que tal como se afirmó en el caso "Simón" -disidencia del juez Fayt-, es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese "margen de apreciación" autónomo de cada Estado - en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional- se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. No deben restringirse, entonces, las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento. Como se dijo, sobre la base del art. 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio "margen nacional de apreciación" delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus "artículos 14, 16, 17, 18 y 20 (...) franquicias (...) concedidas a todos los habitantes, como principios de derecho público, fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino" (Juan Bautista Alberdi, *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su constitución de 1853*, Obras Completas, tomo IV, Buenos Aires, 1886, pág. 277, ...).

Por ello, la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (art. 18 de la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos (conf. Fallos: 136:200; 237:636; 275:89; 298:717). Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad cuando éstos se juzguen en el país (conf. disidencia del juez Fayt en "Simón").

En el mismo sentido, cabe recordar que el 3 de diciembre de 1973, la Asamblea General de la ONU, adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre "Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad". Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en su comisión serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y

en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN. 4/368, pág. 99). Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que adopten una legislación retroactiva -Naciones Unidas, Asamblea General, 28° período de sesiones, Documentos Oficiales, 2187 sesión plenaria, 3 de diciembre de 1973, Nueva York, pág. 4-. Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación. Esta circunstancia, unida a la reserva formulada respecto del apartado segundo del art. 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, reflejan el comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal, que ha mantenido nuestra República.

15) Que tal como se consignó en el precedente "Arancibia Clavel" -disidencia del juez Fayt- en nada afecta lo dicho hasta aquí -a diferencia de lo que sostiene el a quo- ni la nueva jurisprudencia del Tribunal en materia de tratados a partir del caso "Ekmekdjian" ni la reforma constitucional del año 1994. Esto es así, pues el art. 18 de la Constitución Nacional sigue resultando una barrera infranqueable, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la Constitución Nacional cuyo origen y contenido fue reseñado ut supra.

Es cierto que a partir del año 1992 esta Corte reelaboró su postura en relación a los tratados (in re "Ekmekdjian", Fallos: 315:1492), toda vez que con la incorporación de la Convención de Viena (en vigor desde el año 1980) se configuraba en su art. 27 un nuevo fundamento normativo para conferir primacía a los tratados internacionales sobre las normas internas. Sin embargo -como ya se señaló- lo hasta aquí expuesto no resulta desvirtuado por lo resuelto en el caso mencionado con base en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Allí se estableció que debía prevalecer el tratado internacional sobre la norma interna, mas esto no significó en modo alguno que esta Corte Suprema hubiera conferido mediante esta norma primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Lo que sí afirmó este Tribunal, es que a diferencia del precedente "S.A. Martín & Cía." (Fallos: 257:99), la entrada en vigor de la Convención de Viena proporcionaba fundamentos para acordar prioridad al tratado sobre la ley. Sólo así el art. 27 de la Convención puede ser compatible con nuestro sistema constitucional (arts. 27, 30 y 31).

16) Que, como se adelantó, tampoco la reforma constitucional de 1994 -que incorporó las declaraciones y los tratados de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, segundo- lograron conmover este estado de cosas, en tanto la vigencia de los arts. 27 y 30 mantiene el orden de prelación entre la Constitución y los tratados internacionales que, de conformidad con el primer artículo citado, es la que debe primar en caso de conflicto. En efecto, los constituyentes establecieron que ciertos instrumentos internacionales de emblemático valor -dos declaraciones y siete tratados de derechos humanos- enunciados taxativamente gozaban de jerarquía constitucional. A su vez, añadieron un mecanismo de decisión -con mayoría especial- para conferir ese rango a otros tratados de derechos humanos. Sin embargo, debe recordarse que a la par se precisó expresamente que esos instrumentos no derogaban "artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". Ello robustece lo hasta aquí afirmado respecto de la vigencia de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional: tales instrumentos prevalecerán sobre las leyes ordinarias y los demás tratados a condición de respetar la prevalencia de los principios de derecho público constitucionales consagrados en la primera parte de ese ordenamiento (disidencia del juez Belluscio en Fallos: 321:885). De allí que su jerarquización -de segundo rango- exigía una ineludible comprobación de su armonía con aquellos derechos y garantías que esta Corte -en tanto custodio e intérprete final de la Constitución- tiene el deber de salvaguardar. Es al Poder Judicial a quien corresponde mediante el control de constitucionalidad realizar ese juicio de comprobación (disidencia del juez Fayt en "Arancibia Clavel").

También se señaló que con posterioridad a la reforma constitucional, fue en el caso "Cafés La Virginia S.A." (Fallos: 317:1282), donde se subrayó que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino asegurar primacía a los tratados sobre una norma interna contraria, señalándose, a su vez, que el principio de supremacía

de los tratados sobre las leyes internas deriva de los arts. 31 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional. Sin embargo la primacía del Derecho Internacional no comprendía a la propia Constitución Nacional. La postura contraria -tal como se precisó en los precedentes "Arancibia Clavel" y "Simón", disidencias del juez Fayt- resulta totalmente inaceptable en el sistema constitucional argentino.

Como la incolumidad de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional resultaba incuestionable, es que lo dicho por el señor Procurador General en la causa "Cabrera" continuaba manteniendo plena vigencia. Allí afirmó que "los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución". En efecto, en nada se ha apartado la reforma mencionada del principio seminal que consagra la supremacía de la Constitución en relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido esta Corte con fundamento en la letra del art. 27, que permanece enhiesto. Como se dijo, esta interpretación es -a su vez- un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (art. 30). La inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquéllos deban primar sobre el derecho interno. Sólo una reforma constitucional que modificara los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional, podría alterar este estado de cosas.

17) Que, en suma, tal como se afirmó en los casos "Arancibia Clavel" y "Simón" -disidencias del juez Fayt-, la reforma constitucional sólo modificó la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa "Ekmekdjian" con base en el art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados -cualquiera fuera su categoría- y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35 (ley 24.309, art. 7).

Por ello, y en virtud del orden de prelación ut supra explicitado, de concluirse que la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad" prevé su utilización retroactiva, este precepto resultaría claramente inaplicable. En efecto, el art. 18 de la Constitución Nacional como norma de jerarquía superior -y por lo demás más respetuosa del principio pro homine- impide que pueda derogarse retroactivamente el régimen de prescripción de la acción penal.

18) Que lo dicho no significa en modo alguno justificar las iniquidades cometidas. Sin embargo, tal como afirma el profesor Hart, su castigo puede ser vivido como algo socialmente deseable, pero procurarlo con una legislación retroactiva puede ser moralmente abominable o quizá imposible (conf. H. L. A Hart, El concepto del derecho, trad. Genaro R. Carrió, ed. Abeledo-Perrot, 2004 [orig. 1961], pág. 257).

De las dificultades para lograr la punición fue también consciente el propio legislador quien con el objetivo de establecer soluciones anticipatorias para casos análogos modificó por medio de la ley 25.188 el art. 67 del Código Penal, incorporando una nueva causal de suspensión de la prescripción "hasta tanto se restablezca el orden constitucional", cuanto menos, en caso de cometerse los atentados al orden constitucional y a la vida democrática previstos en los arts. 226 y 227 bis del Código Penal (disidencia del juez Fayt en "Simón").

19) Que, empero, el a quo consideró que más allá de la existencia de esos Pactos, debía destacarse la preexistencia de los fundamentales derechos del hombre sobre la conformación del Estado (fs. 157). A ello agregó que tanto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la de esta Corte han destacado la evolución del Derecho de Gentes, subrayándose en el fallo "Simón" que la Constitución de 1853 reconoció incluso la supremacía de ese derecho, el que fue incorporado en forma directa (fs. 162). Afirmó, asimismo, que la visión universalista de

determinados derechos requiere del efectivo funcionamiento del principio del *ius cogens* del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (fs. 164 vta.). Señaló también que la plataforma histórica que originó el necesario desarrollo y evolución del Derecho de Gentes y "su vinculación al principio del *ius cogens*" [sic] es la misma tanto en la posguerra como en la Argentina de la postdictadura. En sintonía con lo antes dicho citó el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y al Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos".

También el señor Procurador General consideró que el postulado de imprescriptibilidad se desprendía de principios del derecho internacional imperativo y del derecho internacional consuetudinario que el propio Estado argentino había contribuido a edificar. Agregó que el principio de imprescriptibilidad existía como tal con anterioridad a la década de 1970 y, por tanto, su aplicación no implicaba transgresión alguna al principio de legalidad. Como argumentos -que tanto podrían referirse al principio de imprescriptibilidad como al instituto del indulto- mencionó la evolución de los derechos humanos también con fundamento en los casos "Barrios Altos" y "Almonacid". Subrayó que esta última evolución histórica había aclarado las cosas y que por ello correspondía modificar los pronunciamientos anteriores del Tribunal (esta afirmación del señor Procurador seguramente se hizo teniendo en cuenta que los tratados ya se encontraban vigentes al haberse fallado por primera vez en esta causa "Riveros" -Fallos: 313:1392- así como en la causa "Aquino" -Fallos: 315:2421- y que, entonces, otra debía ser la causa de la revisión). También señaló que el imperativo que se derivaría de la jurisprudencia regional y del *ius cogens* no habilitaría, empero, a desconocer las prerrogativas del imputado que resultan inherentes al Estado constitucional de derecho (estableciendo una suerte de clasificación entre las garantías del imputado). Indicó, asimismo, que (en virtud de las consideraciones vinculantes para el Estado argentino merced al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), es la propia imposibilidad de declinar el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad [por prescripción, indulto o cosa juzgada] la que se ha transformado en una norma del denominado derecho internacional imperativo o *ius cogens* (invocó para ello al art. 118 de la Constitución Nacional).

20) Que, sin embargo, el principio de imprescriptibilidad -así como los demás frenos a la prohibición de persecución penal múltiple y al instituto del indulto- tampoco pueden aplicarse con base en el derecho internacional no contractual.

Corresponde aquí recordar que en el año 1965 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa recomendó al Comité de Ministros que invitara "a los gobiernos miembros a tomar inmediatamente las medidas propias para evitar que por el juego de la prescripción o cualquier otro medio queden impunes los crímenes cometidos por motivos políticos, raciales o religiosos, antes y durante la Segunda Guerra Mundial, y, en general, los crímenes contra la Humanidad" (Recomendación nro. 415 del 28 de enero de 1965). Asimismo en el marco de la Organización de las Naciones Unidas la Comisión de Derechos Humanos aprobó en el mismo año la Resolución 3 (período de sesiones 21) en la que consideró "que las Naciones Unidas deben contribuir a la solución de los problemas que plantean los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, que constituyen graves violaciones del Derecho de Gentes, y que deben especialmente estudiar la posibilidad de establecer el principio de que para tales crímenes no existe en el derecho internacional ningún plazo de prescripción" (Documentos Oficiales 39). La discusión dio lugar a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, el 26 de noviembre de 1968. En el debate que le precedió se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Comisión de Derechos Humanos, 22º Período de Sesiones, 1966). Es por ello que el verbo "afirmar" reemplazó al verbo "enunciar" que contenía el proyecto original.

Dicha afirmación del principio de imprescriptibilidad importó, conforme esta interpretación, el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público

consuetudinario (tal como también señaló el Tribunal Europeo en el caso "Kolk" ya mencionado). Así se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el derecho internacional general, bien como un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido, bien como costumbre internacional. Cabe aclarar que esto en modo alguno significa que, a su vez, el principio tenga carácter *ius cogens*, como se examinará *ut infra*.

De este modo, es claro que la aplicación de tal principio no vulneraría, conforme esa tesis, la exigencia de *lex praevia*. Sin embargo, tampoco con base en esta diversa fundamentación puede resolverse la cuestión a favor de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto otros aspectos no menos importantes que subyacen al *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verían claramente violados (conf. disidencia del juez Fayt en el caso "Simón"). En efecto, la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser cierta -no general-, *stricta* -no analógica- y, concretamente en relación al caso, *scripta* -no consuetudinaria-. Sintetizando: las fuentes difusas -como característica definitoria de la costumbre internacional- son también claramente incompatibles con el principio de legalidad (disidencia del juez Fayt en "Simón").

21) Que, sin embargo, el tribunal a quo ha afirmado -como ya se adelantó- que la evolución del Derecho de Gentes, su "supremacía" y una visión universalista que requiere del efectivo funcionamiento del principio *ius cogens* obliga a decidir a favor de éste. Cabe recordar que para el señor Procurador General la misma conclusión encontraría fundamento en el art. 118 de la Constitución Nacional -el a quo sólo alude a "cláusulas" constitucionales- y en un nuevo "imperativo que se deriva de la jurisprudencia regional y del *ius cogens*". Una decisión contraria, por lo demás, conllevaría la responsabilidad del Estado Argentino.

Empero, los obstáculos hasta aquí examinados tampoco podrían sortearse con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que para algunos encontraría su fundamento en el art. 118 de la Constitución Nacional, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad (conf. disidencia del juez Fayt en "Simón").

En efecto, esta cláusula constitucional sólo regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium*. En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior) resulta inaplicable (Fallos: 324:2885). Menos aun puede concluirse -como pretende el a quo- que por esta vía el Derecho de Gentes tenga preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino.

Esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. Seco Villalba -Fuentes de la Constitución Argentina, ed. Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 225- da cuenta de su origen que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el Derecho de Gentes -en ese momento piratería y trata de esclavos- y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje donde haya de seguirse el juicio.

Por otra parte, no debe confundirse el valor indiscutible del Derecho de Gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional, con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno. En definitiva, la mención en la Constitución del Derecho de Gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo -más allá de su indiscutible valor- se le confiere jerarquía constitucional ni ya, remotamente, preeminencia sobre la Ley Fundamental. Parece a todas luces exagerado inferir en base al texto del art. 118 que sea posible la persecución

penal en base a las reglas propias del derecho penal internacional (aplicables para los tribunales internacionales). De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. Por lo tanto -como se afirmó- la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad (en el mismo sentido ver Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España, Montevideo, 2003, ed. por la Konrad Adenauer Stiftung, investigadores del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional). Entonces, sostener que la alusión del art. 118 de la Constitución Nacional al Derecho de Gentes obliga a los tribunales nacionales a aplicar directamente las reglas propias del derecho internacional, resulta una afirmación absolutamente inadecuada.

22) Que lo mismo cabe predicar con respecto a las alusiones genéricas en las que el a quo incurre respecto del principio *ius cogens*. En efecto, la calificación del principio de imprescriptibilidad como norma *ius cogens* no tiene más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo. La Cámara de Casación incurre además en un manejo inadecuado de la terminología: conceptos tales como *ius cogens*, Derecho de Gentes, costumbre internacional son utilizados muchas veces de modo indistinto, sin el rigor que sus categóricas afirmaciones requieren.

Aun admitiendo, por vía de hipótesis, que en la Constitución Nacional hubiera una consagración positiva del Derecho de Gentes, esto nada indica acerca del carácter *ius cogens* de una norma. A su vez, el hecho de que el principio de imprescriptibilidad -lo que se aplica también a otros institutos- tuviera vigencia con anterioridad a la Convención sobre Imprescriptibilidad, no lo transforma en un principio *ius cogens*.

Cuando el a quo asigna al principio de imprescriptibilidad el carácter de norma *ius cogens*, no examina -ni siquiera enuncia- la práctica internacional de los Estados sobre la que supuestamente basa su conclusión. Obvio es señalar que no toda norma consuetudinaria del derecho internacional general tiene el carácter imperativo que por definición requiere una norma *ius cogens*.

Por lo demás -y tal como admite el señor Procurador General, quien realiza una suerte de extensión para el caso de disposiciones unilaterales- el principio *ius cogens* sólo se utiliza para declarar nulos los tratados que se le opongan y más allá de que resulte posible realizar esta extensión, lo cierto es que aun dentro de su ámbito propio se ha señalado desde siempre la gran complejidad que encierra calificar una norma como tal. En efecto, la propia Comisión de Derecho Internacional al realizar su informe sobre los arts. 53 y 64 de la Convención de Viena, reconoció que su enunciado "no está exento de dificultades ya que no hay ningún criterio sencillo para identificar una norma general de derecho internacional que tenga el carácter de *ius cogens*" (Informe CDI, págs. 80 y sgtes.) y, por ello, estimó conveniente establecer en términos generales que un tratado es nulo si es incompatible con una norma del *ius cogens* y dejar que el contenido de esta norma se forme en la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales (conf. Ernesto de la Guardia, Derecho de los Tratados Internacionales, ed. Abaco, Buenos Aires, 1997, pág. 289). Nótese que entre los ejemplos sugeridos por la Comisión para guiar esa calificación figuran -nada menos que- tratados relativos a la ejecución de un acto delictivo para el derecho internacional, tratados destinados a realizar actos tales como la trata de esclavos, etc.

No se comprende, entonces, como el a quo puede determinar con tanta liviandad que el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad tiene carácter *ius cogens*, máxime si se tiene en cuenta que para un importante y autorizado sector de internacionalistas, no resulta nada claro que aquél sea un principio general del derecho internacional, ni por fuente convencional, ni por fuente consuetudinaria. Entre los distintos indicios que darían muestra de esta ausencia de claridad pueden nombrarse la falta de una amplia ratificación de la Convención sobre Imprescriptibilidad por parte de los Estados. En efecto, de los 192 Estados miembros de las

Naciones Unidas, sólo 50 -a la fecha- la han ratificado (ver status de países firmantes en la base de datos de Tratados de las Naciones Unidas, en Convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity). A esto se suma, entre otras cosas, la práctica de los Estados de rechazar pedidos de extradición en casos en los que se imputan delitos de lesa humanidad, por considerar que las acciones se encuentran prescriptas.

Como se dijo, el a quo no precisa los elementos de la práctica y la opinio iuris a los que se debe acudir para sostener la existencia de una norma consuetudinaria y menos aun los vinculados a su reconocimiento y aceptación con naturaleza imperativa por la comunidad de Estados en su conjunto, cuya dificultad -como se vio- hasta la propia Comisión de Derecho Internacional ha planteado. Configura una fundamentación aparente, aludir a su gestación en el ordenamiento jurídico internacional; esto -como ya se señaló- no lo hace per se imperativo.

Asimismo, si se repara en la pretendida fundamentación de la Cámara de Casación según la cual, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado "la evolución del derecho de gentes (...) su supremacía y (...) esta visión universalista requiere del efectivo funcionamiento del principio 'ius cogens'", puede apreciarse que es una frase vacía de contenido. Para comprobarlo, basta con reemplazar los términos utilizados. De este modo lo que se ha afirmado es que "la evolución de [los postulados básicos -generales, convencionales o consuetudinarios- sobre los cuales deben desarrollarse las relaciones internacionales] su supremacía y (...) esta visión universalista requiere del efectivo funcionamiento de [una norma del derecho consuetudinario internacional que no puede ser dejada de lado sino por la formulación de una posterior norma consuetudinaria de efecto contrario]". Se trata, entonces, una vez más, de una fundamentación tan sólo aparente.

23) Que, por lo demás, una cosa es considerar, como se dijo, que las normas que prohíben conductas que constituyen delitos de lesa humanidad tienen carácter ius cogens -no hay ninguna norma, por ejemplo, que pueda permitir el genocidio toda vez que su prohibición tiene ese carácter (arts. 46 y 53 de la Convención de Viena)- y otra muy distinta es que aun cuando se configurase alguna causa general de extinción de la punibilidad se le asigne tal propiedad a su punición obligatoria. Resulta, entonces, cuanto menos llamativo que se pueda afirmar de modo tan categórico que la imposibilidad de declinar el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad [por prescripción, indulto o cosa juzgada] se ha "transformado en una norma del denominado derecho internacional imperativo o ius cogens" (conf. dictamen del señor Procurador General).

24) Que el a quo sostuvo también que una solución contraria pondría en juego la responsabilidad del Estado asumida a través de compromisos internacionales (una argumentación similar es adoptada por el señor Procurador General en su apartado X).

Sin embargo, esa fundamentación se desentiende de modo absoluto del sentido que el argumento de la responsabilidad internacional tuvo para esta Corte desde su origen en el caso "Ekmekdjian" (Fallos: 315:1492). Allí -cabe recordar- se le reconoció al actor un derecho individual: el derecho a réplica con base en lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin perjuicio de que de este modo también se procuró evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Como puede observarse a partir del precedente, no se trata de impedir la -por otro lado "sólo" posible- responsabilidad del Estado Argentino en sí misma, tal como pretende el a quo, sino de evitar que ésta se produzca como consecuencia del desconocimiento de un derecho fundamental del individuo que en el presente caso, tratándose de un proceso penal, no es otro que el imputado. La postura asumida por la Cámara de Casación contiene una peligrosa tergiversación del precedente, toda vez que la misma justificación se utiliza no ya para asegurar, sino para negar al imputado sus derechos individuales (derivados del principio de legalidad y de la garantía ne bis in idem).

25) Que lo dicho hasta aquí reafirma la imposibilidad de aplicación ya sea en forma retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad, prohibición que se encuentra también reconocida -aunque con menor extensión- en los instrumentos que han sido incorporados por mandato del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (arts. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11.2 y 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

En tales condiciones, la sentencia impugnada afecta en forma directa e inmediata las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas, lo que justifica la descalificación del fallo con sustento en la doctrina de esta Corte en materia de sentencias arbitrarias (art. 15, ley 48), tornándose inoficioso continuar con el examen de los agravios del recurrente sobre las demás cuestiones planteadas.

Con todo, resulta necesario conferir una respuesta institucional en el concreto ejercicio de la función que a este Tribunal le incumbe como garante supremo de los Derechos Humanos. Desde esta perspectiva corresponde determinar la naturaleza y alcance en el marco de la Constitución Nacional, de los principios de cosa juzgada y ne bis in idem involucrados en esta controversia.

26) Que en este cometido, corresponde recordar que ya con fecha 10 de noviembre de 1989 la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín se expidió sobre el decreto 1002/89 en este mismo proceso, al tratar la excepción de indulto deducida por el letrado defensor del imputado Riveros (fs. 1533/1575 vta.). En dicha oportunidad se rechazó la inconstitucionalidad del indulto dispuesto por el decreto presidencial mencionado, se hizo lugar a la excepción de indulto y se sobreseyó definitivamente en las actuaciones al procesado Santiago Omar Riveros en orden a los delitos que se le imputaron. Posteriormente esta Corte declaró mal concedidos los recursos extraordinarios interpuestos, decisión que dejó firme la sentencia. Además, en dicho pronunciamiento, los jueces Petracchi y Oyhanarte sentaron las bases de lo que luego fue el voto mayoritario de la causa "Aquino" (Fallos: 315:2421), en la que con la misma composición que en "Riveros" (Fallos: 313:1392), esta Corte declaró expresamente la constitucionalidad del decreto 1002/89. En efecto, en el voto mayoritario se estableció que resultaba indudable la facultad constitucional del titular del Poder Ejecutivo Nacional para indultar a personas sometidas a proceso "a la luz de los fundamentos expuestos por los señores doctores Enrique Santiago Petracchi y Julio Oyhanarte en su voto común emitido en autos 'Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.' (Fallos: 313:1392), a que cabe remitir en razón de brevedad". Sobre el instituto del indulto se hará especial referencia ut infra.

27) Que resulta elemental, entonces, preguntarse por qué debe volver a discutirse la constitucionalidad del indulto decretado a favor de Riveros cuando en este mismo proceso este Tribunal ha dejado firme la cuestión (Fallos: 313:1392). Para responder a este interrogante el a quo ensayó distintos argumentos. Muchos de ellos, como se dijo, comparten las mismas notas por las que se rechazó el pedido de extinción de la acción penal por prescripción y el instituto mismo del indulto (considerando a todos impedimentos para la persecución que debían ser removidos a la luz de la evolución del Derecho de Gentes). Esta argumentación ya fue examinada al tratarse la cuestión de la imprescriptibilidad. Por tal razón resultaba innecesario rever el precedente, al menos en lo que a aquélla hace.

Corresponde, entonces, hacer referencia al resto de los argumentos utilizados por la cámara que también la llevó a desconocer el principio de cosa juzgada y consiguientemente el de ne bis in idem (toda vez que, al tratarse de un sobreseimiento en una causa penal, la revisión de la sentencia implicó necesariamente la vulneración del ne bis in idem).

28) Que en casos análogos al presente esta Corte estableció que la cosa juzgada tiene jerarquía constitucional -Fallos: 308:84; 315:2680, entre otros- y procede el recurso extraordinario cuando se sostiene que el fallo apelado ha desconocido sus efectos (Fallos: 187:29; 243:465; 273:312; 315:2680, entre muchos otros). También se señaló que no es óbice para ello la circunstancia de

que la resolución recurrida no constituya estrictamente la sentencia definitiva de la causa por no pronunciarse de modo final sobre el hecho que se imputa, sino que cabía equipararla a ésta por sus efectos, en tanto frustran el derecho federal invocado, ocasionando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior.

Tal es lo que sucede en el caso, toda vez que el reclamo del apelante por el respeto de la cosa juzgada se dirige -como ya se adelantó- a lograr la plena efectividad de la prohibición de persecución penal múltiple -Fallos: 315: 2680-, cuyo rango constitucional también ha sido reconocido pacíficamente por esta Corte. Este derecho federal es susceptible de tutela inmediata porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una sanción por el mismo hecho anteriormente perseguido, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (Fallos: 292:221; 308:84; 315:2680; 319:43; 321:2826; 327:4916, entre muchos otros). De este modo, el solo desarrollo del proceso desvirtuaría el derecho invocado, dado que el gravamen que es materia de agravio no se disiparía ni aún con el dictado de una posterior sentencia absolutoria (Fallos: 300:1273; 314:377 y sus citas).

A fin de precisar sus alcances, cabe recordar que en Fallos: 248:232 el señor Procurador General consideró que dicho principio configuraba lo que los anglosajones denominan double jeopardy (vedada en la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos) y que se hallaba implícitamente prohibido por el sistema de garantías que aseguran en nuestra Carta Magna el debido procedimiento legal (in re "Justiniano Luis Pereyra"). Dicha doctrina fue reiterada en Fallos: 258:220; 272:188; 292:202; 308:1678; 310:360; 311:67; 311: 1451; 314:377; 315:2680 y 316:687, entre muchos otros.

29) Que la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece que "(n)adie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro" (véase también lo resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Abney v. United States* [431 U.S. 651], entre otros). Desaparecidas las penas corporales, la Enmienda V se interpreta hoy en el sentido de un nuevo riesgo de privación de la libertad. Por su parte, nuestra Constitución no previó originariamente en forma expresa esta garantía. Sin embargo, como ya se señaló, se la ha reconocido tradicionalmente como una de las no enumeradas (art. 33 de la Constitución Nacional -conf. Fallos: 248:232 dictamen del señor Procurador General; 298:736; 300:1273; 302:210-). A su vez, ha sido incorporada en forma sustancialmente análoga en el art. 14, número 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8° número 4.

En el ámbito nacional, la garantía ha sido entendida como aquella que impide la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho. Tal como ya fue señalado no se trata exclusivamente de que una persona sea condenada dos veces por el mismo hecho, sino que basta para incurrir en la violación de la garantía con que se la someta al riesgo -por medio de un nuevo proceso- de que pueda ser condenada. Su violación debe entenderse configurada cuando concurren las tres identidades clásicas, a saber eadem persona -identidad de la persona perseguida-, eadem res -identidad del objeto de la persecución- y eadem causa petendi -identidad de la causa de la persecución- (voto de la mayoría en Fallos: 326:2805). Cabe aclarar que la identidad de objeto se configura si la idea básica permanece en ambos procesos (Beling Ernst, *Derecho Procesal Penal*, trad. por Miguel Fenech, ed. Labor, Barcelona, 1943, pág. 84; ...) aunque en el segundo aparezcan más elementos o circunstancias que rodeen a ese comportamiento esencial. Debe tratarse del mismo hecho -Fallos: 314:377; 316:687, entre otros- sin importar si en el primer procedimiento pudo agotarse la investigación posible de ese hecho.

30) Que, entonces, el principio ne bis in idem nació como garantía de seguridad individual propia de un Estado de Derecho (voto de la mayoría en Fallos: 326:2805 "in re" "Videla"). En efecto, la garantía se apoya en el respeto al individuo que ya ha sufrido la persecución del Estado contra la reiteración del ejercicio de la pretensión punitiva (dictamen del señor Procurador General en Fallos:

298:736, "in re" "María Estela Martínez de Perón"). Para ello, obvio es decirlo, debe haber existido una persecución anterior por esos mismos hechos, entendiendo como tal cualquier acto procesal dirigido contra una persona por considerársela comprometida frente a un posible hecho delictuoso. En efecto, con anterioridad debe haber existido la misma imputación ante cualquiera de las autoridades establecidas por la ley para la persecución penal (voto de la mayoría en Fallos: 326:2805).

El fundamento material de la regla ne bis in idem, entonces, consiste en no permitir que el Estado "con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad" (Fallos: 310:2845 -disidencia de los jueces Petracchi y Bacqué-; 321:2826; voto del juez Maqueda en Fallos: 326:2805 "in re" "Videla"; entre muchos otros). En el mismo sentido, se ha sostenido que su fundamento es "proteger a los ciudadanos de las molestias y restricciones que implica un nuevo proceso penal cuando otro sobre el mismo objeto está en trámite o ha sido ya agotado, y se extiende, al menos a toda nueva 'persecución' penal" (Fallos: 325:1932 "in re" "Macri", disidencia del juez Fayt y del juez Belluscio).

Esta es, tal como se adelantó, la idea básica -y profundamente arraigada de la jurisprudencia angloamericana- de la garantía contra la double jeopardy, conforme lo ha señalado repetidamente la Corte Suprema de Estados Unidos (Green v. United States 355 US 184 [1957]; Benton v. Maryland, 395 US 784 [1969]; United States v. Dixon 509 US 688 [1993] y Grady v. Corbin 495 US 508 [1990]).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en el caso "Loayza Tamayo, María E." CIDH - Serie C N° 33, del 17 de septiembre de 1997 que con ella se protegen "los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos" (párr. 66).

31) Que, sin embargo, este principio liminar -como garantía constitucional básica del imputado en un proceso penal- ha sido dejado de lado por el a quo de modo absolutamente dogmático y con fundamentos tan sólo aparentes, estableciendo un falaz antagonismo entre "el interés del beneficiario del indulto" y el "derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva" que -según la Cámara de Casación- debe resolverse "a favor de los derechos que tutelan atributos fundamentales de la persona". El principio de cosa juzgada significó para el a quo la "detracción de los derechos de otro" (fs. 173). Con base en este razonamiento, concluyó que debían removerse todos los impedimentos -así se calificó también a la cosa juzgada- para el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Agregó, sin realizar mayores consideraciones, que ello debía hacerse en el marco de la Constitución Nacional. Por último concluyó que "(i)nstitutos tales como la prescripción de la acción penal o la cosa juzgada...requieren para juzgar su validez, observar cuáles son las 'consecuencias que generan'" (el resaltado con comillas simples no corresponde a la sentencia).

32) Que esta última frase permite observar cuál fue a las claras -más allá de los fundamentos aparentes- el espíritu que inspiró una decisión que irrespetó una garantía constitucional básica del proceso penal, cuyo valor fue totalmente relativizado al hacerlo depender de las derivaciones que su observancia podría traer aparejada. Así, institutos considerados por inveterada jurisprudencia de esta Corte como principios fundamentales y verdaderas conquistas del Estado de Derecho, fueron relegados a la categoría de "beneficios" con el fin de plantear una falsa oposición.

33) Que el a quo no debió perder de vista que "(e)l propósito de un proceso penal es el de determinar la culpabilidad o la inocencia de ciertos individuos" y que "la historia que surja estará moldeada por este objetivo" (Eric Blumenson, Amnistías Nacionales y Justicia Internacional, www.utdt.edu, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato di Tella, vol. 6, noviembre 2005, trad. Martín Porretti, corr. Roberto Gargarella, pág. 16).

No resulta ocioso, entonces, recordar que los derechos humanos surgieron para poner límites al poder estatal y que, consiguientemente, en el proceso penal los derechos humanos se enfrentan al Estado como freno a su poder y en defensa exclusiva de los intereses individuales. El juicio penal "no sólo se enfoca en los individuos más que en las instituciones responsables, sino que considera a estas últimas como virtualmente irrelevantes [...] (p)uesto que [como se dijo] el propósito de un proceso penal es el de determinar la culpabilidad o la inocencia del acusado, la víctima es un medio para tal fin y no el objeto primordial del interés" (Blumenson, op. cit., loc. cit.).

Como se afirmó, el fin de los derechos humanos en el marco de un proceso penal se circunscribe a evitar su aplicación abusiva y sólo entonces, con ese mismo fundamento pudo concebirse a la garantía de ne bis in idem. No escapa, precisamente, a esa concepción lo establecido por esta Corte en cuanto a la importancia de no permitir al Estado que "...con todos sus recursos y poder, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos, y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad..." (Fallos: 321:2826, entre muchos otros ya citados).

34) Que tal como se ha afirmado en el precedente "Simón" sería de un contrasentido inadmisibles que por la gravedad de los hechos investigados se vulnerasen las garantías constitucionales básicas de quien se encuentra sometido a proceso, tal como pretende el a quo en su enfoque orientado a las consecuencias. El total respeto de esas garantías y de un derecho penal limitado constituye la base sobre las que se asienta y construye un verdadero Estado de Derecho (disidencia del juez Fayt en Fallos: 328:2056).

Por el contrario, determinar el valor de las garantías constitucionales según los resultados a los que conduciría su respeto, implica la consagración de un verdadero derecho penal del enemigo - Feindstrafrecht según la terminología utilizada por el profesor G. Jakobs- conforme el cual se admite la derogación de garantías fundamentales del Estado de Derecho para determinados casos considerados de gravedad.

Las similitudes entre esta tesis y los argumentos utilizados por el a quo son evidentes. En efecto, como se afirmó en el precedente "Simón" -disidencia del juez Fayt-, el derecho penal del enemigo se caracteriza, entre otras cosas, por el hecho de que para determinados imputados "no hay otra descarga de la responsabilidad que no sea distinta de la imputabilidad...pues no puede haber justificación o excusa que explique la comisión de los crímenes más graves" y por ello los "principios constitucionales asumidos por el derecho penal no represent(a)n nunca obstáculos" (Carlos Pérez del Valle, Sobre los Orígenes del Derecho Penal del Enemigo, en El Derecho Penal, ed. ED, vol. 7, julio 2003, págs. 14 y 15; ...).

Así los "rebeldes, traidores y todos los convictos de lesa majestad han de ser castigados no con el derecho civil (estatal), sino con el derecho natural, pues lo son no como malos ciudadanos, sino como enemigos de la civitas (Estado)" (Hobbes, Libro de Cive, 1ra. edición en París 1642, citado por Pérez del Valle, op. cit., pág. 5 y sgtes.; ...).

En un régimen totalitario se da por sentado que existe un derecho penal para los enemigos en tanto hace a su naturaleza la diferencia entre "amigos" y "enemigos" en la clásica distinción de Carl Schmitt (ver, entre otras obras, su Teoría del Partisano, Colección ideologías contemporáneas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966).

Corresponde aquí preguntarse si es posible aceptar en nuestro sistema constitucional "...una sensible baja en derechos y garantías procesales y penales para combatir fenómenos complejos" (Silva Sánchez Jesús, La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales, 2da. Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001). Es claro que la respuesta sólo puede ser negativa. En un Estado de Derecho, por definición, no puede admitirse tal distinción entre ciudadanos y enemigos como "sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídicos" (conf. Muñoz Conde Francisco, Las reformas de la Parte Especial del Derecho Penal Español en

2003: de la "tolerancia cero" al "derecho penal del enemigo", Revista de Derecho Penal, v. 2004/2, Rubinzal-Culzoni, pág. 658).

En efecto, los "derechos y garantías fundamentales propios del Estado de Derecho, sobre todo los de carácter penal material [...] y procesal penal [...] son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos concretos extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado" (Muñoz Conde, loc. cit.; ...).

Tampoco puede compartirse la clasificación que el señor Procurador General establece entre prerrogativas del imputado que resultan inherentes al Estado Constitucional de Derecho y que como tales no pueden desconocerse, y otras garantías que podrían abandonarse en virtud del ius cogens. Dicha clasificación no se sostiene en ningún criterio preciso y como argumento, por tanto, resulta altamente riesgoso. La propuesta, entonces, sólo puede valorarse como la intención de colocar "un algodón entre dos cristales".

35) Que la disyunción planteada por el a quo entre derechos del imputado y derecho de las víctimas, resulta asimismo engañosa si se tiene en cuenta que los instrumentos de derechos humanos, si bien contienen la obligación de proteger los derechos que amparan, no incluyen la obligación de juzgar penalmente a quienes los infringen (conf. Broomhall Bruce, *Internacional Criminal Court - Between Sovereignty and the Rule of Law*, New York, Oxford University Press, 2003, pág. 93 ss.). Resulta claro, a su vez, que dichos instrumentos comprenden normas que prohíben, por ejemplo, la persecución penal múltiple, pero no -por el contrario- normas que obligan a la persecución penal a ultranza.

No existe un derecho constitucional a la pena. En efecto, la protección a las víctimas establecida en los instrumentos internacionales de derechos humanos no implica necesariamente castigo penal (lo que, por otra parte, no se condeciría con su carácter fragmentario y de ultima ratio). La persecución penal -sin respeto a las garantías del individuo- invertiría la función que los derechos humanos poseen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto, esta vez so pretexto del sugerente -aunque artificioso- argumento de protección a las víctimas.

36) Que, por lo demás, corresponde señalar que el valor que cabe asignarles a los instrumentos de derechos humanos en relación con la cuestión examinada, también ha sido materia de consideración constante por esta Corte. Así en Fallos: 311:734 in re "Riveros" -si bien en relación a la ley de obediencia debida- se afirmó expresamente que no era atendible la impugnación de la ley 23.521 con fundamento en su presunta oposición a la "Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio". Incluso en este mismo proceso los jueces Petracchi y Oyhanarte puntualizaron que "en los escritos [de la querrela] examinados (...) se afirma que el decreto 1002/89 otorga 'impunidad' a 'criminales y responsables de delitos de lesa humanidad' y desconoce 'las normas y principios del derecho internacional penal contemporáneo'". Los jueces consideraron que "la insuficiencia de las apelaciones, en este punto, es palmaria" (considerando 12, Fallos: 313:1392). Este criterio establecido en el año 1990 respecto de los agravios planteados por la querrela sobre el punto fue reiterado en todas las causas en las que así se presentaron.

Resulta claro, entonces, que si esos instrumentos fueron tenidos en cuenta, no es su contenido el que ahora podría llevar a una fundamentación diferente. De esto también es consciente el señor Procurador General cuando en su dictamen se vio precisado a admitir que fue la "última" evolución

histórica de la "interpretación de los derechos humanos" la que aclaró las cosas (y no los instrumentos internacionales que se encontraban vigentes al dictarse el decreto 1002/89).

37) Que establecido, entonces, que no son esos instrumentos los que prevén la obligación del castigo penal como modo de protección a las víctimas, el único argumento subsistente en la fundamentación del a quo es el de la interpretación de la Convención que la Corte Interamericana realizó a partir del caso "Barrios Altos" CIDH, Serie C N° 75, del 14 de marzo de 2001.

Sin embargo, tal como se afirmó en los precedentes "Simón" (Fallos: 328:2056) y "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312) (disidencias del juez Fayt), parece insostenible que en base a lo que pueda "interpretarse" sobre la "interpretación" que la Corte Interamericana realizó para un caso totalmente disímil, pueda llegarse a una decisión que -huelga decirlo- debería constituir la última ratio. En efecto, resulta de suma gravedad que se declare inconstitucional una norma invocando una decisión que no es aplicable al caso.

Es que el contenido del párrafo 41 de dicho pronunciamiento, permanentemente citado con el fin de hacer a un lado las garantías constitucionales de quienes se encuentran sometidos a proceso, no constituye su holding. Cabe recordar que en ese caso el deber del Estado de perseguir y sancionar las violaciones a los derechos humanos, se había puesto en tela de juicio en virtud de la sanción de dos leyes de autoamnistía que exoneraban de responsabilidad a todos los militares, policías y también civiles que hubieran sido objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión por hechos cometidos entre 1980 y 1995 de violaciones a los derechos humanos en la República de Perú. Es por ello que como se afirmó en las disidencias mencionadas, el holding del caso "Barrios Altos" no pudo ser otro que la afirmación de que "leyes de autoamnistía resultan incompatibles con el Pacto de San José de Costa Rica".

Dicha doctrina, por lo demás, no resulta novedosa para esta Corte, en tanto al expedirse sobre la ley 23.040 -que declaraba insanablemente nula la ley 22.924 conocida como de "pacificación nacional" dictada por el propio gobierno de facto- afirmó que si bien se ha "...reconocido por razones de seguridad jurídica la continuidad en los gobiernos de jure de la legislación de los gobiernos de facto y el poder de éstos de realizar los actos necesarios para el cumplimiento de sus fines, ello ha sido, sin perjuicio de rechazarla o privarla de efectos, cuando tales normas configurasen un evidente abuso de poder frente a las garantías y derechos esenciales de los individuos, o bien un palmario exceso en el uso de las facultades que ejercitaran los poderes públicos que se desempeñasen en sustitución de las autoridades legítimas...en este sentido, la ley de facto 22.924 es el resultado del abuso del poder, porque no sólo se aparta del [entonces] artículo 67, inciso 11 de la Constitución Nacional que autoriza únicamente al congreso para dictar la ley penal, sino que también contraría...la esencia de la forma republicana de gobierno y la consiguiente división de poderes" (Fallos: 309:5, pág. 1692), lo que entronca con el principio de que "la validez de las normas y actos emanados del Poder Ejecutivo de facto está condicionada a que, explícita o implícitamente, el gobierno constitucionalmente elegido que le suceda, la reconozca" (Fallos: 306:174 y sus citas).

La ley 23.040 "consistió en la reacción de un poder constitucional frente a una norma que pretendió utilizar la misma estructura estatal que posibilitó la comisión de delitos y su ocultamiento, para su autoexculpación" (...). En efecto, la ley 22.924 fue dictada in extremis cinco semanas antes de celebrarse las elecciones nacionales por el propio gobierno militar. Esta Corte negó su validez, en tanto se estableció que la única autoridad facultada para dictarla -en su caso- era el Congreso de la Nación, conforme lo establecía la Constitución Nacional (voto del juez Fayt en Fallos: 309:5 -juicio a los comandantes-, pág. 1689 y su remisión a Fallos: 306:911).

Vale recordar que para extraer el holding del caso debe tenerse siempre en cuenta, entre otras pautas, cuáles son los hechos que allí se plantearon y los principios jurídicos que, como es lógico, exclusivamente a ellos pudieron vincularse. En tales condiciones, el párrafo 41 del caso "Barrios

Altos" constituyó respecto de otros institutos que no se caracterizaron por las especificidades propias de las leyes de autoamnistía sólo un obiter dictum que, como tal, no integró la regla por el que se decidió el caso y, consiguientemente, no pudo ser capaz de generar las consecuencias que el a quo propugna.

En suma, una postura contraria implicaría autorizar la violación de garantías constitucionales, a partir de la interpretación que la Corte Interamericana ha realizado respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en un caso diverso al que se plantea en el sub lite. De este modo se abandonaría -con la gravedad que tal temperamento conlleva- un principio liminar a la luz de una evolución jurisprudencial que de ningún modo conduciría a su desamparo (disidencia del juez Fayt in re "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312). Parece un contrasentido concluir que los arts. 1.1., 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -que según la jurisprudencia de la Corte Interamericana establecen el deber de garantía de perseguir y sancionar a los responsables de las violaciones de derechos humanos- pueda condecirse con la supresión del ne bis in idem como derecho de la persona sometida a enjuiciamiento penal.

En este sentido, no debe olvidarse que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como norma de interpretación en su art. 29 que "ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados". En efecto, la redacción de "esta disposición fue elaborada con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, en particular aquéllos previamente reconocidos por un Estado" (OC-4/84 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de enero de 1984, párr. 20; ...).

38) Que así como la violación de la cosa juzgada -y del ne bis in idem- no puede fundarse en una suerte de derecho especial para quienes son imputados por la comisión de delitos de lesa humanidad con base en las consecuencias que su observancia habría de generar, tampoco el argumento del señor Procurador General por el que se relativiza el principio mencionado, puede ser compartido.

Al preguntarse el titular del Ministerio Público por qué debe volver a discutirse la constitucionalidad del indulto cuando, en el marco del mismo proceso, esta Corte dejó firme la cuestión al rechazar el recurso extraordinario, responde que se trata de un caso especialísimo en el que existe un deber de revisar la cosa juzgada. Para fundar dicho aserto, establece como punto de partida que el único valor que se reconoce en este ámbito es el de "la seguridad jurídica de no reiterar discusiones sobre una cuestión ya decidida", subestimando así su importancia como garantía individual, condición que luego le permitirá fácilmente soslayarla.

39) Que, sin embargo, si bien es cierto que el Tribunal desde antiguo ha afirmado que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales en la medida en que constituye un "presupuesto ineludible de la seguridad jurídica es exigencia de orden público y tiene jerarquía constitucional" (Fallos: 308:904, entre otros), no lo es menos que en su conexión con la garantía de ne bis in idem, el objeto de protección excede ese marco y se relaciona directamente con una garantía estrictamente individual, tal como ya se reseñó. En efecto, no está aquí sólo en juego el valor de la "estabilidad de las decisiones" como intenta exponer el señor Procurador -si bien la importancia intrínseca de este valor será ut infra considerada, sino también la proscripción de que el Estado, al que se le proporcionan todos los medios para descubrir la verdad, lleve a cabo esfuerzos repetidos para condenar a un individuo por un supuesto delito. En efecto, el valor definitivo de la decisión final está amparado para quien fue perseguido penalmente por la prohibición de la persecución penal múltiple. Una vez que se alcanzó la cosa juzgada, ella es irrevisable en perjuicio del acusado, por más que haya podido demostrarse el fracaso del procedimiento y de la decisión que

le puso fin. Este aspecto -tal como desde siempre se ha sostenido por la doctrina más autorizada- acentúa el carácter de garantía individual de la regla.

Aclarada esta cuestión, corresponde evaluar si la analogía que el señor Procurador General establece entre lo regulado en la Ordenanza Procesal alemana (StPO) y lo estipulado por lo que él denomina el nuevo orden jurídico nacional, resulta válida a fines de subestimar el alcance de la cosa juzgada en el ámbito de los delitos de lesa humanidad y así permitir que en algunos casos la revisión pueda hacerse en perjuicio del imputado.

La respuesta sólo puede ser negativa y ello es así, no por comparar las normas alemanas con las normas procesales penales argentinas, sino porque en ese razonamiento se omite examinar que la diferencia con el derecho alemán proviene de una distinta definición del principio *ne bis in idem* ya en las propias Constituciones de los diversos Estados, que como es lógico obedecen a una distinta concepción de la función del derecho penal.

En efecto, la Constitución alemana prohíbe la múltiple condenación penal por un mismo hecho: nadie podrá ser penado [bestraft werden] más de una vez por el mismo hecho en virtud de las leyes penales generales (art. 103 [3] de Ley Fundamental alemana; ...). Como puede observarse esta norma no prohíbe la múltiple persecución penal y es por ello que el derecho procesal penal alemán prevé el recurso de revisión en perjuicio del acusado en los casos específicamente previstos en el párrafo 362 de la Ordenanza Procesal Penal. El imputado sobreseído puede ser nuevamente perseguido en determinadas situaciones pues, en su caso, no sería "penado" más de una vez por el mismo hecho (sobre la cuestión ver el enriquecedor debate iniciado en los años 80 entre los profesores Jürgen Baumann y Julio Maier, en *Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes en el derecho procesal penal argentino y alemán*, *Doctrina Penal*, enero-marzo 1982, año 5, nro. 17, pág. 169 ss. y *Conclusiones Básicas sobre las aclaraciones del Profesor Jürgen Baumann*, *Doctrina Penal*, enero-marzo 1982, año 5, nro. 17, pág. 363 ss.).

En cambio, el derecho procesal penal argentino no conoce la revisión del procedimiento en contra del acusado, pero no sólo porque ello se encuentre avalado por los códigos procesales (dejados de lado por el señor Procurador en virtud de supuestas normas de rango superior con fundamento en el art. 118 de la Constitución Nacional), sino porque la propia interpretación del principio por esta Corte como garantía no enumerada (art. 33 de la Constitución Nacional), sumado a la letra de las constituciones provinciales y, en la actualidad, a la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos (conf. voto del juez Fayt in re "Videla", Fallos: 326:2805), permiten afirmar conjuntamente que lo que nuestro sistema constitucional impide es, precisamente, la múltiple persecución penal, tal como se señaló *ut supra*. Así, el art. 8(4 del Pacto de San José de Costa Rica prevé que el "inculgado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos" y en el art. 14. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se establece que "(n)adie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país". De este modo, a la jurisprudencia inveterada de esta Corte que desde siempre dio cuenta de la desigualdad a la que se enfrenta el imputado como persona significativamente más débil frente al Estado que, por ello, puede perseguir al ciudadano una única vez, se le suma idéntica concepción claramente reflejada en los tratados incorporados.

De tal manera, finalizado un proceso por decisión pasada en autoridad de cosa juzgada, tal como en el presente caso, no es posible para nuestro sistema constitucional la discusión posterior en perjuicio del acusado.

En suma, la diferente redacción de la Ordenanza Procesal Penal alemana privilegia claramente el valor de la verdad material y el logro de los objetivos penales del Estado, tal como señala el señor Procurador General, quien omite consignar que esa concepción es reflejo de su Ley Fundamental. Del mismo modo, la distinta interpretación que se hizo desde siempre en el derecho constitucional argentino tiene su origen en una diferente concepción acerca de los fines del derecho penal, para

la que la garantía de ne bis in idem tomada del derecho anglosajón y considerada como no enumerada en el art. 33 de la Constitución Nacional -ahora enumerada en el art. 75 inc. 22-, siempre tuvo el valor de garantía individual y a la que no puede acordársele un valor tan solo formal.

40) Que respecto del predominio que el señor Procurador General postula respecto de la verdad material a fin de cuestionar el valor de una sentencia firme, cabe recordar en palabras de Ferrajoli que "las garantías procesales que circundan la averiguación de la verdad procesal en el proceso cognoscitivo aseguran la obtención de una verdad mínima en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación [...] Por el contrario, el proceso decisionista, y típicamente inquisitivo, apunta en todo caso a la búsqueda de la verdad sustancial, que por eso se configura como una verdad máxima, perseguida sin ningún límite normativo [...] En este segundo modelo, el fin (de obtención de la verdad sea cual fuere) justifica los medios (es decir, cualquier procedimiento); mientras que en el primero es el fin el que (al estar fundado y garantizado por los vínculos descritos) está legitimado por los medios. Se entiende por eso que las garantías procesales se configuren no sólo como garantías de libertad, sino además como garantías de verdad: de verdad más reducida [...] pero ciertamente más controlada que la verdad sustancial más o menos apriorísticamente intuida por el juez" (Derecho y Razón, ed. Trotta, Madrid, 1989, pág. 540 y sgtes.).

Precisamente, es claro que existe una divergencia entre la verdad procesal y el modelo ideal de la "correspondencia", toda vez que "(a) diferencia de cuanto ocurre en cualquier otra actividad cognoscitiva, tanto la verdad fáctica [...] como la verdad jurídica [...] son predicables jurisdiccionalmente a condición de que se observen reglas y procedimientos que disciplinan su comprobación y que imprimen a ambas un carácter autorizado y convencional, en contraste con el de la mera correspondencia". Entre esas reglas pueden enumerarse "los términos preclusivos [...] las formas y condiciones de admisión de las pruebas y [...] las nulidades de los actos procesales por vicios formales [...] los testimonios inadmisibles [...] la inutilizabilidad de las pruebas ilegítimamente adquiridas [...] la prohibición de analogía [...] la presunción de inocencia [...] el principio in dubio pro reo y la presunción legal de verdad de las tesis contenidas en las sentencias firmes" (Ferrajoli, op. cit. pág. 59 y sgtes.).

Esto no significa, sin embargo, que "el proceso penal tenga que renunciar, por principio y desde un principio, a la búsqueda de la verdad material...sino solamente que tiene que atemperar esa meta a las limitaciones que se derivan no sólo de las propias leyes del conocimiento, sino de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución" (Muñoz Conde, Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal, ed. Hammurabi, Buenos Aires, pág. 97; ...). Como advierte Habermas "la búsqueda de la verdad en el discurso institucional tiene unas particularidades que la distinguen de la búsqueda en el discurso libre de dominio, en el que precisamente por serlo, todas las partes están en un plano de igualdad" (Teoría de la verdad en Teorías de la Acción Comunicativa, Madrid, 1989, pág. 116 ss.).

Si sólo predominara el valor de la verdad material no se podría permitir que el imputado se negara a declarar, se permitiría la valoración de las pruebas ilícitamente obtenidas, no podría haber plazos para dictar sentencias, no se podría absolver en caso de duda, etc. (conf. Hassemmer, Fundamentos del derecho penal, ed. Bosch, Barcelona, 1984, págs. 163 y 168).

La afirmación de que "el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada y, desde luego, se puede decir entonces, sin temor a equivocarse, que en el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio. De todo lo dicho se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello medios legalmente reconocidos. Se habla así de una 'verdad forense' que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que

pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado [...] de Derecho" (Muñoz Conde, op. cit. pág. 102).

Por el contrario, el a quo ve en institutos tales como la cosa juzgada un obstáculo, una "detracción" de los derechos de otro. En efecto, "(c)uando se cree que 'existe' una verdad material a la cual sólo debe 'hallarse', entonces las reglas constitucionales parecen costos [...] límites, estorbos, aceptados en consideración a otros intereses, que lamentablemente, afectan la verdad 'propia' alcanzable" (Klaus Volk, La verdad sobre la verdad y otros estudios, ed. Ad hoc, Buenos Aires, 2007, pág. 100).

41) Que tampoco puede arribarse a una conclusión distinta a la que aquí se postula a poco que se repare en la doctrina establecida en uno de los fallos más recientes del Tribunal in re "Videla" - Fallos: 326:2805- (de fecha incluso posterior al pronunciamiento de la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos"). Si se interpreta su contenido "a contrario", sólo cabe colegir que cuando el hecho que se persigue fue materia de persecución en un proceso anterior, la garantía ne bis in idem siempre resultará vulnerada. En efecto, en dicha decisión no se rechazó derechamente la posibilidad de que la nueva persecución de un delito de lesa humanidad no esté cubierta por la garantía ne bis in idem, sino que estableció una clara distinción entre aquellos hechos que ya fueron materia de juzgamiento respecto de aquellos que no lo habían sido.

Cabe recordar que conforme los postulados de la argumentación "a contrario" si del hecho que llena los supuestos legales a1, a2 y a3 se producen a su respecto las consecuencias x1, x2 y x3, entonces de un hecho que no llena los supuestos legales mencionados, no tendrán lugar a su respecto esas consecuencias jurídicas (sobre argumentum e contrario v. Jürgen Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, ed. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1989, pág. 113). Por ello, si se considera, a modo de ejemplo el voto concurrente en el caso mencionado conforme el cual "no se conculca la cosa juzgada ni la garantía contra la múltiple persecución cuando los actos delictivos objetos del proceso 'jamás fueron investigados por el Estado, ni los imputados fueron indagados ni molestados al respecto'", el argumento "a contrario" permitiría sostener que sí se conculca la cosa juzgada y la garantía contra la múltiple persecución cuando los actos delictivos objetos del proceso sí fueron investigados por el Estado y los imputados indagados y molestados al respecto.

Tal es lo que sucede en el sub examine, toda vez que el imputado Riveros ya fue procesado en esta causa. En efecto, si ya existió una imputación determinada respecto de un individuo concreto y luego se lo sobreseyó -como consecuencia de un indulto-, no hay manera de disponer la reapertura del proceso. Es claro que si el fundamento para esta Corte hubiera sido el de la imposibilidad intrínseca de plantear para estos delitos la excepción de cosa juzgada, la distinción en el caso "Videla" no hubiera tenido razón de ser. Por lo demás, si los principios generales y las convenciones internacionales ahora invocadas fueron tenidas en cuenta en el caso "Videla" no se alcanza a comprender qué motivos podrían hacer variar ahora esa construcción, para apartarse tan dramáticamente de dicho precedente.

42) Que, en suma, ninguno de los caminos ensayados para dejar de lado el principio de cosa juzgada resultan admisibles, máxime en un caso en el que, además, ya se realizó el control de constitucionalidad. A su vez, existe otra cuestión subsidiaria relacionada con el instituto de la cosa juzgada que tampoco puede ser soslayada y que también fue materia de decisión por parte de esta Corte: la de la obligatoriedad de los fallos del Tribunal y la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales.

En efecto, tampoco en este aspecto la cuestión resulta novedosa. Cabe recordar que en la causa "Aquino" (Fallos: 315:2421), esta Corte declaró que resultaba "indudable la facultad constitucional del titular del Poder Ejecutivo Nacional para indultar a personas sometidas a proceso" y que posteriormente, en esa misma causa también se pretendió una revisión del criterio sentado (en puridad se había dispuesto una división interna, pero el indulto se había dictado según el texto del

decreto 1002/89, respecto de toda la causa 11/86). En dicha oportunidad el Tribunal -Fallos: 323:2648- rechazó la posibilidad de revisión expresando que resultaba "inadmisible que en esta misma causa se pronunciara una nueva sentencia sobre el mismo planteo y que el apelante intente su revisión, puesto que con ello no sólo se desconoció la obligatoriedad del fallo de esta Corte y los límites a que estaba sujeta la jurisdicción del a quo (Fallos: 310:1129; 311:1217 y 320:650 entre muchos), sino que se afectó la cosa juzgada emanada de esa decisión, lo que autoriza en consecuencia, a declarar su nulidad en razón de la "estabilidad de las decisiones jurisdiccionales en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y tiene jerarquía constitucional" (Fallos: 313:904 y sus citas; ...).

En virtud de lo dicho, la revisión que el a quo propugna respecto de una sentencia del Tribunal que dejó firme la decisión por la que se había declarado la constitucionalidad del decreto 1002/89, desconocería también el precedente por el que se declaró nula la sentencia en la que se intentaba revisar un indulto ya declarado constitucional. No debe olvidarse la gravedad que el temperamento adoptado conlleva en el sub examine, toda vez que un decreto que fojas atrás ha sido declarado constitucional por una sentencia que quedó firme, sería declarado ahora contrario a la Constitución Nacional.

43) Que, por lo demás, no se discute aquí si la evolución del derecho internacional de los derechos humanos puede posibilitar en otra causa que un precedente como el de "Riveros" pueda ser dejado de lado, al considerarse que el indulto en el caso de imputados de delitos de lesa humanidad -sin opinar aquí sobre el acierto o error de esta afirmación- resulta inconstitucional. En efecto, sabido es que existen tres circunstancias por las que se puede abandonar el precedente (overruling): el posterior desarrollo jurisprudencial inconsistente respecto del precedente originario, las lecciones de la experiencia y las cambiantes circunstancias históricas. Empero, una cosa muy distinta es sostener que -de considerarse configuradas algunas de esas circunstancias- habría podido alterarse en el mismo proceso la sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada en la que se sobreseyó al imputado.

44) Que a mayor abundamiento, corresponde señalar que tampoco parece adecuada la interpretación realizada por el tribunal a quo cuando descarta que el instituto del indulto pueda aplicarse respecto de delitos calificados como de lesa humanidad. En efecto, aun si se considerase hipotéticamente válida la aplicación del principio de imprescriptibilidad, su carácter de lesa humanidad no haría a estos delitos per se perseguibles.

Cabe recordar que el indulto "no es en nuestros días un acto privado de gracia de un individuo que se encuentre en posesión del poder. Es parte del esquema de la Constitución. Cuando se concede, es la determinación de la autoridad última de que el bienestar público será mejor servido o infligiendo menos que la pena fijada" (Pritchett, C., La Constitución Americana, ed. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, pág. 434 s.). Del mismo modo se ha señalado que "...la institución del indulto en el sistema constitucional argentino no puede considerarse como la sacralización de una reliquia histórica propia de las monarquías, sin otro fundamento que la clemencia, sino un instrumento de la ley, en correspondencia con la norma de fines de organización jurídico-política y en particular con la justicia, la paz interior y el bienestar general. No consiste en un acto de gracia privado, sino en una potestad de carácter público instituida por la Constitución Nacional, que expresa una determinación de la autoridad final en beneficio de la comunidad...(y) que si bien su naturaleza se vincula originariamente con la imperfección de la justicia o el conocimiento posterior al fallo de circunstancias que atenúen o modifiquen la gravedad del delito y la inflexibilidad de la ley penal, en la actualidad está destinada a asegurar los fines establecidos por el sistema constitucional argentino" (considerando 14 del voto del juez Fayt in re "Aquino" (Fallos: 315:2421). Por lo demás en el caso se trató de un acto que gozó de legitimidad, legalidad, validez y vigencia (sobre estos conceptos ver voto del juez Fayt en R.1309.XLII. "Rosza, Carlos Alberto y otro s/recurso de casación", sentencia del 23 de mayo de 2007).

Como ha afirmado Feuerbach "el derecho de gracia podrá ser puesto en duda por la Filosofía pero no por el derecho positivo, porque en todos los estados pertenece por disposición constitucional al 'soberano'" (citado por Erwin Rosenbusch, Fundamento Histórico y Jurídico del Indulto y la Conmutación de Penas, en Boletín de la Biblioteca del Congreso Nacional, encargado Dr. Segundo V. Linares Quintana, nros. 11-12, Buenos Aires, 1936, pág. 838). En efecto, la mayor parte de las constituciones del mundo -si bien en distinta medida- lo prevén.

45) Que son muchas las legislaciones en las que no se ha hecho distinción alguna con base en la calidad del delito indultado. Así puede verse, por ejemplo, en la Constitución de los Estados cuya previsión es una clara fuente de nuestra cláusula constitucional en tanto "(s)ustituyendo 'indultar o conmutar las penas' por 'conceder suspensión de castigos y perdones' y 'jurisdicción federal' por los 'Estados Unidos', las cláusulas de una y otra constitución resultan idénticas" (Fallos: 315:2421 in re "Aquino", voto del juez Fayt).

Sobre la cuestión, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha afirmado en un antiguo precedente que "(l)a Constitución estipula que el Presidente 'tendrá la facultad de suspender la ejecución de las sentencias y conceder indultos por delitos contra los Estados Unidos, excepto en casos de juicio político'...(e)sta lengua es llana. 'Delitos', significa 'todos los delitos'; y entonces la excepción expresa de casos de juicio político es una repetición de la misma idea (...) La facultad que se confiere es ilimitada, con la excepción indicada. Se extiende a cada delito conocido por la ley, y puede ser ejercitada en cualquier momento después de su comisión, ya sea antes de que los procesos jurídicos sean iniciados, o durante su estado pendiente, o después de la condena y del juicio. Esta facultad del presidente no está sujeta a control legislativo. El Congreso no puede ni limitar el efecto de su indulto, ni excluir de su ejercicio a cualquier clase de delincuentes. La prerrogativa benigna de la misericordia que descansa en él no puede ser limitada por cualquier restricción legislativa" (ex parte Garland, 71 U.S. 333 [1866], ...; ver también ex parte Grossman, 267 U.S. 87 [1925] y Campbell Black H., Handbook of American Constitutional Law, St. Paul, Minn. West Publishing Company, 1927, pág. 129).

En el mismo sentido, se ha explicitado que la "única limitación establecida al poder presidencial de indultar es que no se aplica a los casos de juicio político, impidiendo al presidente desvirtuar el efecto de dicho castigo legislativo" (Pritchett, op. cit., pág. 435; similar en Kent, James, y Mexia J.C., Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América, vol. 3, Oxford University Press, México D.F., 1999, pág. 61 s.). Se ha enfatizado que fuera de la excepción mencionada "el poder de perdonar es completo y se aplica incluso a los delitos más graves" (Joseph Story, Comentario Abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América, vol. 6, Oxford University Press, México D.F., 1999, pág. 217; ...) o, lo que es lo mismo, a "todo delito legalmente conocido" (Rosenbusch, op. cit., pág. 854). En igual sentido, se ha señalado que vista la "ausencia de toda limitación respecto a penas que puedan indultarse -salvo las impuestas por acusación nacida de representaciones parlamentarias- cabe afirmar que toda pena penal susceptible de ejecución puede ser remitida", por el contrario "antiguamente existía una cantidad de delitos que no eran susceptibles de gracia. Légoux cita los siguientes: crímenes de lesa majestad, incesto, violación, sacrilegio, adulterio, envenenamiento, homicidio, parricidio, falsificación de moneda y reincidencia" (Rosenbusch, op. cit., pág. 860).

46) Que también en la Constitución Nacional la única excepción prevista en el art. 99 inc. 5° la constituyen "los casos de acusación por la Cámara de Diputados" (sobre la cuestión ver voto del juez Fayt in re "Aquino"). A partir de la reforma constitucional de 1994 se excluye también para el futuro la imposibilidad de indultar a aquellos que interrumpen la observancia de la Constitución Nacional por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático (art. 36 de la Constitución Nacional). No hay otra distinción con base en la categoría de los delitos imputados que provenga de nuestra Ley Fundamental, ni aun con posterioridad a la reforma de 1994. Por lo demás, es claro que cualquier excepción a una cláusula constitucional como la que prevé el instituto del indulto sólo puede tener igual rango a los fines de su aplicación armónica, descartándose claramente la creación de una excepción pretoriana. Ante la necesidad de

incorporar una nueva excepción dicho mecanismo fue claramente respetado en tanto provino de la voluntad constituyente reformadora (art. 36 de la Constitución Nacional).

Este temperamento también ha sido adoptado por distintas constituciones latinoamericanas, que han establecido expresamente las más variadas excepciones al instituto del indulto. A modo de ejemplo, puede mencionarse el art. 5.XLIII de la Constitución de la República Federativa de Brasil que prevé que no son susceptibles de indulto la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines, el terrorismo y los definidos como delitos repugnantes, respondiendo de ellos los incitadores, los ejecutores y los que pudiendo evitarlos se abstuvieran; del mismo modo la Constitución Política de la República del Ecuador establece que los delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia no serán susceptibles de indulto (art. 23.2); también corresponde mencionar a la Constitución de Venezuela que en su art. 29 estipula que las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.

Por el contrario, en nuestra Constitución no se ha establecido cláusula alguna equivalente a las mencionadas.

47) Que, empero, otro de los argumentos utilizados para considerar que resulta inválido el indulto en los casos de crímenes de lesa humanidad, es el de la posterior evolución de los derechos humanos en el derecho internacional.

Esta fundamentación también resulta aparente, toda vez que a poco que se observa dicho avance tampoco aparece demostrado que la posibilidad de perdón se encuentre reñida con aquello que pueda caracterizarse como crimen de lesa humanidad. Tan así es que, en plena evolución del derecho de los derechos humanos, se han decretado tales medidas respecto de personas que se encontraban detenidas por delitos de esa laya. Es el caso, por ejemplo, de los criminales nazis von Neurath -condenado a quince años de prisión por conspiración, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad- quien fue perdonado en el año 1954, Erich Räder -condenado a prisión perpetua por conspiración, crímenes contra la paz y crímenes de guerra-, liberado en el año 1955 y Walter Funk -condenado a prisión perpetua por crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad-, liberado en el año 1957 (www.kriegsverbrecherprozesse.nuernberg.de/urteile). Dicha gracia fue el producto de las negociaciones que mantuvieron el entonces canciller alemán Konrad Adenauer con el ministro de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos Dulles en Washington el 7 de abril de 1953 (sobre la cuestión ver www.17juni53.de). También 14 criminales de guerra japoneses, condenados por el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente -juicios de Tokio- fueron indultados entre 1950 y 1955 (sobre la cuestión puede verse http://es.wikipedia.org/wiki/Juicios_de-Tokio); por último, el presidente de la ex Checolovaquia Antonin Zapotocky indultó a cuatro criminales de guerra nazi -entre ellos Max Rostock y Ernst Hitzegrad- en el año 1953, quienes fueron empleados como espías durante la guerra fría (www.radio.cz).

Asimismo, si se examinan los mencionados estatutos de los tribunales que juzgan crímenes de lesa humanidad cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda -claros legados del Tribunal de Nüremberg-, tampoco se advierte incompatibilidad alguna entre la actuación de estos tribunales y la viabilidad de un indulto. En efecto, en su art. 27 el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda prevé la posibilidad de que el condenado pueda beneficiarse de un indulto o de una conmutación de pena en virtud de las leyes del Estado en la cual está preso, indulto que puede ser otorgado si el presidente del tribunal de acuerdo con los jueces así lo decide según los intereses de la justicia y sobre la base de los principios generales del derecho. Idéntico texto contiene el art. 28 del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (resolución 827, 25 de mayo de 1993).

Tampoco se descarta la evaluación de esta contingencia en la propia tarea de la Corte Penal Internacional. En efecto, tal como indica Blumenson dicho Tribunal tendrá que "definir el alcance apropiado y los límites necesarios de la diversidad en los métodos estatales de responsabilidad. Nadie ha podido establecer, de manera precisa, el punto en el que la diversidad moral legítima termina, y comienzan los imperativos morales universales, pero ésta es una cuestión central de nuestros tiempos e inevitables para la corte" (op. cit., pág. 22).

Como puede concluirse, a nivel internacional, no existe una contradicción intrínseca entre la comisión de delitos de lesa humanidad y la posibilidad de indultar.

48) Que, como se señaló ut supra, la protección de las víctimas postulada en los tratados internacionales no implica necesariamente la obligación de persecución penal. De igual modo, Blumenson sostiene que "(n)o hay duda de que la obligación del Estado de negar el acto criminal debe estar unida al repudio del perpetrador. Pero no es obvio que la condena y el encarcelamiento sean siempre necesarios para el logro de dicho fin" (op. cit., pág. 10 s.).

Por lo demás, y en concordancia con lo antedicho, tampoco resultaría atinada la afirmación del a quo según la cual "la impunidad de los criminales niega a las víctimas su derecho a saber". Se trata de un argumento, ciertamente, pretencioso. En este sentido, no debe desconocerse que un vasto sector doctrinario entiende, por el contrario, que medidas que impliquen la imposibilidad del castigo penal no merecen objeciones si se acompañan con el respeto del derecho de las víctimas a una compensación y a la verdad, en tanto, "una preocupación constante por los derechos humanos justifica, a veces, mirar más allá de la persecución penal, para poner la atención sobre otras alternativas posibles [;] no se puede asumir que la confianza uniforme en la persecución y en el castigo fomentará siempre, de la mejor forma posible, la causa de los derechos humanos" (Blumenson, op. cit. pág. 21).

En efecto, no sólo en virtud del carácter fragmentario del derecho penal sino también con base en un enfoque utilitario respecto de la mejor manera de proteger los derechos humanos, se arriba a esta conclusión. Como alternativa no penal y al mismo tiempo significando un claro avance en la protección de los derechos humanos, cabe mencionar, a modo de ejemplo, a la Comisión Sudafricana de la Verdad y la Reconciliación. Al respecto, el propio Nelson Mandela concluyó que no había ninguna posibilidad de que la verdad de la historia de su nación fuera confrontada y reconciliada sin amnistías para los criminales aferrados al poder (citado por John Braithwaite, Entre la Proporcionalidad y la Impunidad, RegNet, Universidad Nacional Australiana, Presentación Premio Sutherland al encuentro de la Sociedad Americana de Criminología, Nashville, noviembre de 2004; en www.utdt.edu, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Universidad Torcuato di Tella, vol. 7, marzo 2006, pág. 4).

Como puede observarse esta visión se encuentra en las antípodas de la tesis del castigo penal como única alternativa al "derecho a la verdad", por cuanto hay quienes con argumentos de peso consideran que los procesos restaurativos "abren mejores posibilidades para descubrir la verdad que los juicios penales" (Braithwaite, op. cit., loc. cit.). Tampoco, entonces, aquel argumento resulta aceptable.

49) Que, entonces, el derecho de las víctimas a la verdad -previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos- puede asegurarse sin necesidad de violentar las garantías del imputado sometido a proceso. Lo dicho tampoco resulta novedoso en tanto este derecho fue defendido enérgicamente in re "Suárez Mason" -disidencia del juez Fayt- (Fallos: 321:2031). En esa oportunidad se consideró -de acuerdo con el planteo formulado por las víctimas- que no estando en juego la garantía de ne bis in idem, el a quo no podía sustraerse de realizar los llamados "juicios de la verdad", lo que constituía una indelegable función del Poder Judicial en la custodia de los derechos constitucionales.

50) Que establecido, entonces, que no hay norma alguna en nuestro sistema constitucional que permita realizar un tratamiento diferente del instituto del indulto si éste recayera sobre delitos de lesa humanidad y que tal conclusión no resultaría en pugna con el "derecho de las víctimas a saber", corresponde señalarse que tampoco el argumento del señor Procurador General según el cual los indultos resultarían inconstitucionales ab initio por aplicación del art. 29 de la Constitución Nacional puede ser compartido.

Cabe recordar que conforme su opinión al dictaminar en el caso "Simón" -la que aquí traslada-, el art. 29 de la Constitución Nacional "impide todo acto de (...) perdón (...) de los delitos que suponen la concesión o arrogación de la suma del poder público". El Poder Ejecutivo, entonces, no habría tenido competencia para perdonar delitos por los que "la vida, el honor, las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna".

51) Que el art. 29 de la Constitución Nacional establece que el Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria. Cabe recordar que las facultades extraordinarias contemplan el ejercicio de funciones judiciales y la suma del poder público el uso y concentración de todo el poder.

En cuanto a la posición sentada en el caso "Simón" -disidencia del juez Fayt-, resulta necesario recordar que como principal argumento a fin de confutar la postura asumida por el señor Procurador General, se señaló que el texto del art. 29 sólo prohíbe la concesión por parte del Congreso al Ejecutivo Nacional y por parte de las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia de facultades extraordinarias, suma del poder público, de sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos quedan a merced de gobiernos o persona alguna. Recién como argumento subsidiario se afirmó que aun cuando desde otra postura se considerara que el ejercicio mismo de ese máximo poder concedido fuera también prohibido por la norma (primera extensión en el razonamiento) y que, a su vez este ejercicio pudiera ser detentado no por quien ya ocupaba el Poder Ejecutivo hasta entonces, sino por un usurpador militar (segunda extensión), en todo caso, tal proscripción jamás podría ampliarse a quienes cometieron delitos en el marco de un sistema ideado por esos usurpadores (tercera extensión del principio). El señor Procurador General omite en su actual dictamen considerar la argumentación principal que contenía la disidencia mencionada, concentrándose -aunque de manera inadecuada en el argumento subsidiario- resultando así su razonamiento, cuanto menos, fragmentado.

52) Que, además, el titular del Ministerio Público insiste en considerar que no desde un punto de vista lógico, pero si desde un punto de vista axiológico o sistema de valores el centro de gravedad del anatema del art. 29 de la Constitución Nacional está constituido en forma indistinta por la concesión del poder absoluto y por el propio avasallamiento de la vida, el honor y la fortuna de los argentinos.

Sin embargo lo único que indica el texto señalado es que el delito no se produce con la concesión "per se, sino que, además de su concurrencia en concesiones en plural, la parte final del artículo impone la presencia ineludible de un propósito específico con respecto a todos los enunciados anteriores: 'por los que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o persona alguna'" (Julio A. Decoud, Concesión de facultades extraordinarias y poderes omnímodos; ...). Como se ha señalado doctrinariamente, los dos pilares deben estar juntos, en tanto es la delegación la que produce el avasallamiento.

La posición propiciada por el señor Procurador General es precisamente desde un punto de vista axiológico insostenible (tal como se pretendió propiciar en el precedente "Simón" (disidencia del juez Fayt). En primer lugar, porque como se dijo, el hecho de que sólo se haya fulminado con

nulidad la concesión de las facultades extraordinarias o de la suma del poder público por parte del legislador tiene su origen en una posición fundada netamente en valores, conforme los cuales no se puede establecer una relación de más a menos, ni con el ejercicio de la suma del poder público ni con la comisión de delitos en el marco del plan ideado por quienes ejercieron ese poder.

Al respecto, cabe recordar que son argumentos a fortiori, aquellos según los cuales, de existir una norma que establece un efecto jurídico para un sujeto o clase de sujetos, se debe entender que el mismo efecto normativo debe predicarse respecto de otro sujeto o sujetos que se encuentren en una situación tal por virtud de la cual merezcan con mayor razón el mencionado efecto jurídico (allí se ubican los argumentos a maiore ad minus).

Sin embargo ese "merecimiento" que con "mayor razón" se atribuiría, para el señor Procurador, a aquellos que cometieron delitos en el marco de un plan elaborado por quienes -usurpando- ejercieron la suma del poder público -merecimiento que sólo podría derivarse de un criterio valorativo-, no se condice ni con el origen histórico, ni con el contenido del art. 29 de la Constitución Nacional.

Por el contrario, el núcleo del anatema de esa cláusula está conformado por la traición de los representantes -como ut infra se detallará- y quienes cometieron delitos dentro de una estructura comandada por quienes ejercieron la suma del poder público no pueden considerarse, entonces, desde un punto de vista valorativo comprendidos en la norma. Hay quienes estiman, incluso, que la "traición" prevista en el art. 29 es todavía más grave que la definida en el actual art. 119 "traición a la patria" (conf. R. Bielsa, Derecho Constitucional, ed. Depalma, Buenos Aires, 1959, pág. 766).

En virtud de los valores comprendidos en la norma, podría pensarse en una relación de más a menos si, por ejemplo, sólo la cámara de diputados -y no todo el Congreso- concediera la suma del poder público porque allí sí desde un punto de vista axiológico, se seguiría fulminando de nulidad los actos de aquéllos que debiendo representar han traicionado a su pueblo, no así en el caso de las dictaduras militares por cruentas que hayan sido. Prueba de ello fue la necesidad de incorporar en la reforma constitucional de 1994 el actual art. 36 de la Constitución Nacional respecto de quienes interrumpieren la observancia del orden constitucional, al que se hará referencia ut infra.

En suma, no puede afirmarse como pretende el señor Procurador -incurriendo en artificiosas interpretaciones acerca del objeto de protección del art. 29 de la Constitución Nacional- que el centro de gravedad de la prohibición sea, o bien la concesión de facultades extraordinarias o bien el "avasallamiento" -al margen de esa concesión- de los derechos fundamentales del pueblo. Tampoco puede sostenerse que esto sea coherente desde un punto de vista valorativo, por cuanto lo único que tuvo el constituyente en mira -en virtud de la experiencia histórica que luego se detallará- es que quienes habían sido investidos para proteger los derechos fundamentales traicionaron a su pueblo y los entregaron en manos de otros. Al respecto, si se repara en la última frase de la cláusula: "pena de los infames traidores a la Patria", esta referencia a la traición obliga a advertir que no es el ejercicio de la suma del poder público en sí mismo, sino el acto de deslealtad por el que se crea ese poder lo único que puede pensarse. Se castiga así a los legisladores que frustraron la confianza de sus representados al subvertir el sistema que garantizaba el derecho a la vida y a la propiedad de acuerdo al cual los primeros fueron instituidos por elección de los últimos, exponiéndolos a las arbitrariedades de un sistema que sólo pudo crearse sobre la base del primero.

Sintetizando, en el art. 29 de la Constitución Nacional la alusión a la vulneración de la vida, el honor y la fortuna de los argentinos se relaciona, sin lugar a dudas, con el perjurio que significa que, precisamente, quienes son llamados a proteger al pueblo en virtud del contrato social sean quienes los hayan colocado a merced de otro, gracias al poder que el mismo pueblo les otorgó. En cambio, el avasallamiento de los derechos fundamentales que no proviniera de la concesión mencionada, encuentra su debida protección en las normas penales respectivas (el motivo de

técnica jurídica por el cual la concesión tuvo que ser prevista por un tipo penal constitucional se detallará ut infra).

Por lo demás, desde un punto de vista axiológico es perfectamente sustentable que las conductas de quienes traicionaron la elección popular sean pasibles de determinados efectos jurídicos y las de otros sujetos que no cumplieron esas condiciones no lo sean (sin perjuicio de que a partir de la reforma constitucional de 1994, en virtud de nuestra experiencia histórica -y teniendo en cuenta la protección de otros valores-, quienes interrumpieren en el futuro la observancia de la Constitución Nacional por actos de fuerza, tampoco podrán ser indultados, art. 36 de la Constitución Nacional). A su vez, nada afirma esa norma con respecto a la comisión de delitos más allá de esos actos de fuerza.

53) Que como fundamento de lo dicho hasta aquí resulta necesario, en primer lugar, realizar algunas aclaraciones con respecto al texto del art. 29 de la Constitución Nacional, cuyo origen y contenido fue definido "como doctrina nacional impuesta por la experiencia histórica local" (Seco Villalba José Armando, Fuentes de la Constitución Argentina, ed. Depalma, 1943, pág. 161). Se ha dicho sobre este artículo -según la expresión difundida- que fue escrito con la sangre de dos generaciones, circunstancias históricas que le otorgan una singularidad especialísima dentro de nuestra doctrina constitucional (ver disidencia del juez Fayt en el caso "Simón" con cita de Fallos: 234:250).

54) Que la experiencia histórica ha demostrado que quienes debieron representar al pueblo traicionaron ese deber en numerosas oportunidades. El art. 29 de la Constitución Nacional "traduce bien la existencia de este último peligro, que nuestra historia documenta con una experiencia dolorosa" (Fallos: 191:270 in re "Amador Spagnol"). Se ha dicho al respecto que "la historia patria -que conoció la experiencia triste y abundante de las facultades extraordinarias asumidas por los ejecutivos y de las legislaturas que abdicaron de sus prerrogativas en aras del discrecionalismo del gobierno personalista- explica cabalmente la existencia de un precepto que, si bien puede resultar chocante en el ambiente sereno del gabinete del constitucionista, reconoce raíces hondas y seculares en la práctica política de América Hispana" (S. Linares Quintana, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, t. V, ed. Alfa, 1956, pág. 429; ...).

Como antecedentes históricos que dan cuenta de que quienes debiendo representar al pueblo en su tarea legislativa lo traicionaron, puede observarse un primer precedente en las "facultades extraordinarias otorgadas" por la Asamblea General -cuerpo legislativo- el 8 de septiembre de 1813 al Segundo Triunvirato (ver Asambleas Constituyentes Argentinas, publicación coordinada y anotada por E. Ravignani, Buenos Aires, 1937, t. I, pág. 71 s.). Luego, el 15 de noviembre de 1813 en el Reglamento de Suspensión de Sesiones de la Asamblea General Constituyente se expresó que el Supremo Poder Ejecutivo quedaba "autorizado con las mismas facultades extraordinarias que se le confirieron por el Soberano Decreto del 8 de septiembre último" (Ravignani, op. cit., pág. 79 s.). El 17 de febrero de 1820 la Junta de Representantes le otorgó a Manuel de Sarratea amplias facultades -aunque sin el calificativo de extraordinarias- como gobernador de la Provincia de Buenos Aires (Méndez Calzada, La función judicial de las primeras épocas de la independencia, Buenos Aires, 1944, pág. 359). Luego, el 6 de octubre de 1820, la Junta de Representantes de Buenos Aires otorgó al gobernador Martín Rodríguez "el lleno de facultades y la mayor amplitud de ellas que sea necesario al logro de la única y suprema ley de los Estados" (Ravignani, op. cit., tomo VI, Buenos Aires, 1937, pág. 1079 y Méndez Calzada, op. cit., pág. 359). La misma junta aclaró al día siguiente que las facultades concedidas al gobernador lo autorizaban a "proceder al juicio de los reos, e imposición de las penas por los medios que lo cercioren del delito y delincuente sin detenerse en la lentitud y trabas de las fórmulas ordinarias, por exigirlo así la supremacía de la salud pública de esta benemérita ciudad y provincia" (Méndez Calzada, op. cit., pág. 367). El 24 de junio de 1829 se las concedieron al General Viamonte, cuyo nombramiento fue el producto del acuerdo celebrado entre los generales Lavalle y Rosas (v. Decoud, op. cit., pág. 806).

Por último una ley sancionada por la Junta de Representantes el 6 de diciembre de 1829 dispuso que "serán deberes muy especiales del que resulte nombrado (gobernador y capitán general de la provincia) [y] para los objetos expresados en el artículo anterior, se le reviste de las facultades extraordinarias que juzgue necesarias hasta la reunión de la próxima Legis[la]tura, a la que dará cuenta del uso que haya hecho de esta especial autorización". Se trataba de Juan Manuel de Rosas (Ravignani, op. cit., tomo VI, pág. 1080). Una nueva ley, robusteció esas facultades extraordinarias, fue la del 2 de agosto de 1830 en la que se estableció que "se autoriza al gobierno con toda la plenitud de las facultades extraordinarias, para que haciendo uso de ellas, según le dicten su ciencia y conciencia, tome todas las medidas que considere conducentes a salvar la provincia" (Ravignani, op. cit., pág. 1084). En una nueva ley del 7 de marzo de 1835 la Legislatura de Buenos Aires dispuso: "se deposita toda la suma del poder público de la provincia en la persona del brigadier general D. Juan Manuel de Rosas", quien gobernó, entonces, en su primer mandato con facultades extraordinarias y hasta el 3 de febrero de 1852 con la suma del poder público (Méndez Calzada, op. cit., pág. 359; ver también la nota de Rosas a la Junta de Representantes de la Provincia de Buenos Aires aceptando la suma del poder público en la que señala que "no pudiendo resignarse en ningún caso con la idea de que la Provincia carezca de esta H. Representación, espera de los Sres. Representantes, que aun cuando tengan a bien cerrar la Legislatura, y a la vez suspender sus sesiones, harán que continúe la H. Sala" (Ravignani, op. cit. 1090). La Junta de Representantes sancionó el 20 de septiembre de 1851 otra ley estableciendo que "todos los fondos de la Provincia, las fortunas, vida, fama y porvenir de los Representantes de ella y de sus comitentes, quedan sin limitación ni reserva a disposición de S.E." (Decoud, op. cit. pág. 805; repárese en el parecido con el texto de la prohibición contenida en el art. 29 de la Constitución Nacional).

Entre los muchos casos de otorgamientos de facultades ilimitadas a los gobernantes provinciales que registra nuestra historia política merece citarse la resolución de la Cámara de Representantes de Corrientes del 5 de septiembre de 1831 por la que se le concedió facultades ilimitadas al gobernador de la provincia (Ravignani, op. cit., pág. 1084). Dicha situación dio lugar a la primera reacción legislativa como se detallará ut infra.

55) Que como antecedentes del art. 29 de la Constitución Nacional puede enumerarse el Proyecto de Constitución para la Provincia de Buenos Aires de diciembre de 1833, que en su art. 170 establecía: "(j)amás podrá en la provincia el Poder Ejecutivo ser investido con facultades extraordinarias, para disponer de las vidas ni fortunas de los particulares, ni trastornar el orden y forma de la administración establecidos por las leyes". Sin embargo la primera norma vigente en contra de la concesión de facultades extraordinarias y suma del poder público fue sancionada en la Provincia de Corrientes por el Congreso General Constituyente de la provincia el 16 de diciembre de 1840 (pocos años después de la batalla de Pago Largo, en la que fue vencido y muerto su gobernador Berón de Astrada). En la cláusula mencionada se destacó que "los representantes de una sociedad no tienen más derechos que los miembros que la componen; y aquéllos no pueden disponer de la vida y libertad, derechos inalienables del hombre" (ver J. Rubianes, Las facultades extraordinarias y la suma del poder público, Revista Argentina de Ciencias Políticas, t. 12, 1916, pág. 448 s.; ...).

En la Sesión 36° del Congreso General Constituyente de 1852-1854, ocurrida el 18 de abril de 1853, el Proyecto de Constitución presentado por la Comisión de Negocios Constitucionales, textualmente indicaba que "(n)uestra situación es dolorosa por retrógrada. Es preciso que la práctica del régimen constitucional a que aspiramos, dé, cuando menos para nuestros sucesores, seguridad a la vida y propiedades, medios de trabajo, precio a nuestras tierras y productos, y facilidades para comerciar con los pueblos extranjeros de cuyos artefactos y ciencias carecemos. Por eso la comisión, ahogando el rubor en sacrificio a la verdad, y en previsión de males ya sufridos, ha anatematizado la confiscación, los tormentos bárbaros y extravagantes inventados por la guerra civil, y la cobarde adulación de los que quisieron afear más la tiranía con esas prerrogativas llamadas facultades extraordinarias y suma de poder público, hijas del miedo y de la codicia sórdida, que se despiertan cuando la dignidad civil se relaja y los medios honestos de

existencia escasean por culpa de la perversidad e ignorancia de los que mandan" (ver Convención Nacional de 1898 - Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853, Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, 1898, pág. 265 s.). El punto se discutió en el Congreso General Constituyente en la sesión del 25 de abril de 1853 (Sesión 43), como luego se detallará.

56) Que, como se afirmó, es ese contexto histórico el que explica, en principio, que la inserción de una disposición constitucional que podría aparecer como innecesaria desde un punto de vista técnico-jurídico -tal como luego sucedió con el art. 36 de la Constitución Nacional- resulte comprensible (Linares Quintana afirma que "podría parecer superflua...[pero] tiene una elocuente e irrefutable explicación histórica", op. cit., pág. 428). En ese sentido, Estrada ya había señalado que a "primera vista pudiera pensarse, que este artículo es ocioso. Todos los poderes investidos con la autoridad son delegados; los delegados no pueden transferir la delegación" (J. M. Estrada, Curso de Derecho Constitucional, Tomo II, ed. Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco, Buenos Aires, 1902, pág. 34).

Como puede apreciarse, históricamente, siempre se ha discutido sobre aquellos poderes delegados que a su vez se delegaban arbitrariamente y no sobre los usurpados. Así se ha afirmado que "(u) na Constitución como la nuestra -que instituye el Estado constitucional o de derecho sobre la base de la división y el control recíproco de los poderes y la estricta limitación de las respectivas órbitas funcionales de cada uno de ellos con miras a la garantía de la libertad humana- no necesitaba incluir una cláusula prohibitiva de facultades extraordinarias que -en cuanto comportan el rebasamiento de las fronteras constitucionales que marcan los cauces dentro de los cuales los órganos de poder han de ejercer sus funciones específicas- constituyen la antítesis del régimen constitucional" (Linares Quintana, op. cit., pág. 428 s.).

57) Que, en efecto, se trata de un tipo penal constitucional, cuyo sujeto activo sólo puede ser un miembro del Poder Legislativo Nacional o de las legislaturas provinciales (ver también Decoud, op. cit., pág. 811). El texto del artículo es en ese sentido claro. Más elocuentes resultan aun las palabras del constituyente: "los únicos que p[ueden] conceder las facultades extraordinarias, otorgar sumisiones e incurrir en la pena de los infames traidores a la patria [son] los diputados del Congreso o de la legislatura provincial" (conf. constituyente Zavallía, debate de la Asamblea General Constituyente, sesión del 25 de abril de 1853; ...- (ver disidencia del juez Fayt en "Simón").

Sólo los legisladores, como se dijo, pueden ser los sujetos activos de este delito porque justamente lo que se castiga es la traición de aquellos que fueron elegidos como representantes del pueblo y que -apartándose de ese mandato- conceden la suma del poder público. Para traicionar es necesario quebrantar un deber de lealtad y este fue el examen que, desde el punto de vista axiológico, se desarrolló en la disidencia mencionada.

En este sentido ya manifestaba John Locke que los individuos entran en la sociedad política con el fin de preservar sus vidas, sus libertades y sus fortunas. El gran instrumento para conseguirlos son las leyes establecidas en esa sociedad. Si la actuación de la legislatura ha sido contraria a la confianza que se depositó en ella emprendiendo acciones tales como quitarles propiedades o reducirlos a la esclavitud, siendo los legisladores tan insensatos o tan malvados como para planear y llevar a cabo proyectos colocando en manos de cualquier persona el poder absoluto sobre las vidas, libertad y propiedad de sus representados, renuncian así al poder que el pueblo había puesto en sus manos con la finalidad contraria. Por ello, siempre que el fin en cuestión sea manifiestamente olvidado o antagonizado resultará necesario retirar la confianza que se había puesto en quienes tenían la misión de cumplirlo y a cuyas decisiones el pueblo había dado su aquiescencia. Por cuanto habiendo sido establecidos para la protección y preservación del pueblo, de sus libertades y de sus propiedades se ponen a sí mismos en un estado de guerra contra quienes les habían nombrado protectores y guardianes de su paz (conf. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Alianza Editorial, trad. Carlos Mellizo, Madrid, ed. 1990; págs. 140, 144, 154, 155 y 218).

En efecto, según esta concepción, el contrato social tiene por objeto proteger el derecho a la vida y a la propiedad y la condición básica para someterse al poder político es la preservación de estos derechos. El legislador traiciona a los contratantes cuando somete a los últimos a la arbitrariedad de un tercero en violación de las condiciones del contrato. Este legislador -a diferencia del rebelde- no ejecuta por sí ningún hecho de fuerza que suprima los derechos de los signatarios, pero traiciona la confianza que es la que aseguraba la supervivencia del contrato social. La gravedad radica en que quien tiene competencia para legislar viola la confianza de los contratantes. Esta idea es la que está presente -puede concluirse por sus textos- en los antecedentes del art. 29. El mismo criterio surge del propio art. 29 que impone la pena de los traidores a quienes gozando de la confianza popular delegan potestades y competencias en manos de un individuo o un reducido grupo de individuos de modo tal que detente la suma del poder público y avasalle los derechos fundamentales de sus representados, modificando desde adentro el sistema institucional del cual surgen sus potestades.

Esta idea estaba claramente presente en el constituyente, tal como puede concluirse a poco que se examinan las observaciones del convencional Zapata: "la norma de sus procedimientos [la de los diputados] era la Carta Constitucional y [...] no podían echarla por tierra destruyendo sus bases fundamentales para entregar maniatados a los Pueblos que les envían a garantizar sus derechos y afianzar sus libertades" (ver Ravignani, op. cit., t. IV, p. 516; J.M. Estrada, op. cit. t. III, pág. 211; ...).

En el caso "Alejandro Leloir" in re "Juan Domingo Perón y otros", el juez nacional en lo penal especial subrayó en el mismo sentido que "(s)e ha previsto que la ciudadanía reaccionase contra sus malos representantes, pero no se previó que un fraude electoral podría hacer ilusorio el cambio de las mayorías" (Fallos: 234:250; ...). Se trató de un verdadero leading case, en el que varios ex diputados fueron acusados por infracción al art. 227 del Código Penal (art. 29 de la Constitución Nacional) por "haber concedido al Poder Ejecutivo anterior facultades extraordinarias". En dicha oportunidad la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Penal Especial y en lo Contenciosoadministrativo destacó que se denunciaba "a los representantes del pueblo, en ejercicio del mandato recibido, por haber violado la prohibición de la Constitución", concediendo facultades extraordinarias (sentencia del 28 de diciembre de 1955, publ. en Fallos: 234:250; ...).

Corresponde aquí aclarar que no se trata de la traición contra la Nación que consiste "únicamente" en tomar las armas contra ella o en unirse a sus enemigos prestándole ayuda y socorro (art. 119 de la Constitución Nacional; sobre la cuestión ver Rodolfo Moreno [hijo], El Código Penal y sus antecedentes, tomo VI, H. A. Tomassi editor, Buenos Aires, 1923, pág. 93), sino, como ya se señaló, de la traición en el sentido de deslealtad de los legisladores contra sus representados. Como indica Silva Riestra la palabra traición proviene de "traditio" derivado de "tradere", entregar. Con cita de Pacheco agrega que naturalmente "lleva consigo la idea de una entrega, de una deslealtad, de un quebrantamiento de fe y de confianza" (Silva Riestra Juan, Concepto jurídico de la traición, Folletos n° 71, ed. La técnica impresora, Buenos Aires, 1956, pág. 5). Agrega que "(l)a traición del art. 29 es precisamente lo contrario [de la rebelión]: no un acto de alzamiento contra las autoridades, no un levantamiento contra el que manda, sino la concesión de atribuciones que acrecienta monstruosamente las facultades o poderes para que ese que manda pueda disponer de la vida, el honor, la fortuna con la suma del poder público" (op. cit., pág. 6). El de los legisladores de la Nación o de las provincias es un poder que "se desvía para convertirse en colaborador del absolutismo y de la opresión" (op. cit., loc. cit.).

El bien jurídico protegido es la confianza que los electores depositan en sus representantes. De ahí la necesidad del constituyente de revestir de suficiente coacción la exigencia del acatamiento que deben los poderes políticos al orden constitucional y a la soberanía del pueblo (dictamen del señor Procurador General Sebastián Soler en Fallos: 234: 250, ...; citado en la disidencia del juez Fayt in re "Simón"). En efecto, "(l)uego de una nefasta e ignominiosa tiranía vencida poco antes, establecieron los constituyentes sanciones tremendas contra los traidores a la Patria que lo son todos aquellos que en función legislativa dan al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias y la

suma del poder público" (R. Bielsa, Derecho Constitucional, ed. Depalma, 1954, pág. 57 s.; ...). Tal es lo que sucedió durante el gobierno de Rosas, mientras la Sala de Representantes "continuaba ocupándose de asuntos inocuos" (Agustín de Vedia, Constitución Argentina, ed. Coni Hermanos, 1907, pág. 128).

En tales condiciones, resulta indudable que desde un punto de vista axiológico, puede considerarse como de mayor gravedad, la conducta de quienes debiendo representar son desleales con sus comitentes.

58) Que más allá de las cuestiones histórico-valorativas, también desde un punto de vista técnico, resulta incontrastable que los sujetos activos del tipo sólo pueden ser los legisladores, toda vez que sólo respecto de ellos resulta imprescindible que la tipificación tenga rango constitucional. En efecto, prueba de que sólo a los legisladores está dirigida la prohibición es precisamente su inserción constitucional. Así lo afirmó el entonces Procurador General Soler en Fallos: 234:16 en el caso "Juan Carlos García y otros in re Juan Domingo Perón y otros" cuando señaló que "(d)e no haberse previsto en la Carta Fundamental el supuesto de su artículo [29], no habría podido la legislación, sin allanar los fueros parlamentarios, calificar penalmente la prohibición que contiene este precepto, cuya incorporación constitucional es el único fundamento jurídico de su validez represiva", por ello "(h)a sido, pues necesario que el poder constituyente insertara una cláusula como la que me ocupa para revestir de suficiente coacción la exigencia del acatamiento que deben los poderes políticos al orden constitucional y a la soberanía del pueblo...(s)e trata en la especie de un delito que sólo puede cometerse en el desempeño de un poder político, que afecta la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, y que deriva de una disposición constitucional"; en efecto "el verdadero sentido del artículo [29] es el de consagrar una limitación a las atribuciones de los poderes políticos, y el de considerar el exceso a los límites impuestos como una grave trasgresión a cuyos autores estigmatiza con infamia" (doctrina que reitera en Fallos: 234:250; y citada in re "Simón", disidencia del juez Fayt).

En efecto, el anatema tuvo que tener la misma jerarquía para funcionar como excepción a las inmunidades parlamentarias. Por ello, el entonces Procurador General agregó en su dictamen que el art. 29 es "el supuesto de excepción, especificado por una norma de idéntica jerarquía que la que establece la regla, y por ello dentro de la excepción la inmunidad no juega. No sólo porque la carta fundamental no la reconoce para el caso de extralimitación al privilegio, sino también por cuanto el exceso está fulminantemente condenado por la misma Constitución". En ese mismo precedente esta Corte afirmó que "(l)a sola lectura de este enérgico texto constitucional permite afirmar, sin hesitaciones, que la tremenda responsabilidad que arroja sobre los legisladores que incurren en la prohibición del artículo no puede quedar simultáneamente desvirtuada por otro texto de la misma Constitución, que consagra una inmunidad sólo genérica y en atención a supuestos muy diferentes en significación y gravedad" (Fallos: 234:250).

Como bien indica el profesor Soler "(e)n un solo caso el acto del legislador no esta substraído al régimen de responsabilidad [...] cuando [el] voto importa conceder al poder ejecutivo (nacional o provincial) facultades extraordinarias, la suma del poder público, o sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o la fortuna de los argentinos queden a merced de algún gobierno o persona alguna (CN, 29; CP 227). Tal excepción deriva de la Constitución como debía ser; el C.P. establece la pena y con ella se tutela la base misma del régimen político que nuestra Carta establece" (Derecho Penal Argentino, t. I., ed. TEA, Buenos Aires, 1988, pág. 274). En igual sentido Estrada consigna al art. 29 como excepción a la prerrogativa de inmunidad (op. cit. t. III, pág. 211).

También como necesaria excepción a la inmunidad parlamentaria lo entendió el constituyente. En efecto Gorostiaga, miembro informante de la comisión, observó al discutir con Zavala que "la inviolabilidad de los representantes tenía límites [...] y que en esta violación incurría el diputado o diputados que acordasen facultades extraordinarias y sumisiones o supremacías" (ver Convención

Nacional de 1898- Antecedentes: Congreso Constituyente de 1853, Compañía Sud- Americana de Billetes de Banco, 1898, pág. 326).

En suma, resulta claro que la "subordinación de los legisladores al orden constitucional" constituye un requerimiento incontrovertible, como lo es también -si bien con base en otros valores- "la subordinación de las fuerzas militares a ese mismo orden" (de allí la incorporación del art. 36 de la Constitución Nacional respecto de todo aquel que interrumpa la vigencia de la Constitución Nacional). Sin embargo, en el primero de los casos su inclusión constitucional, más allá de su importancia, resulta, teniendo en cuenta la cuestión de la inmunidad, imprescindible.

59) Que los delitos imputados en el sub examine se enmarcan en una situación distinta: la de una usurpación militar que, sin lugar a dudas y tal como esta Corte lo estableció en Fallos: 309:5, pág. 1689 (causa "de los comandantes"(), dejó a su merced la vida, el honor y las fortunas de los argentinos.

Sin embargo, se ha dicho en la disidencia mencionada que aun si se realizara una interpretación más generosa que permitiera considerar que quienes ejercieron esas facultades extraordinarias o la suma del poder público concedidas por el legislador traidor -Poder Ejecutivo Nacional o gobernadores provinciales- pudieran ser también pasibles de la sanción que allí se prevé (segunda extensión), tal ampliación no podría realizarse respecto de quienes no recibieron, sino usurparon el poder (primer argumento subsidiario de la disidencia del juez Fayt en el caso "Simón").

Al respecto cabe aclarar, de modo preliminar, que aun cuando el art. 29 de la Constitución Nacional alude a aquellos que consientan dicho acto, se ha considerado que como la cláusula es un "retrato del procedimiento de Rosas con respecto a los representantes [...] queda afuera la forma de asunción de facultades extraordinarias, sin voto legislativo, que es en la forma que ordinariamente asume la rebelión" (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, tomo V, ed. TEA, Buenos Aires, 1988, pág. 92). La norma se referiría en ese punto y, en todo caso, al Poder Ejecutivo que consiente la delegación del Legislativo, no a quien la usurpa.

Prueba de la laguna existente en esa materia es, como ya se afirmó, la incorporación del art. 36 en la reforma constitucional de 1994. La situación allí contemplada ya no es la de una delegación que surge dentro de un orden normativo que se subvierte. Por ello, si bien el poder que se origina en un golpe militar nace de la fuerza con que cuenta cierto grupo y proviene de afuera del sistema normativo, la triste experiencia reciente ha demostrado -tal como sucedió con los constituyentes de 1853(), que la interrupción al orden constitucional debe (a partir de la reforma de 1994- recibir idénticas penas a las del art. 29 y sufrir consecuencias tales como la prohibición de indulto (en rigor, si bien la prohibición de indultar no se encuentra expresa en el art. 29, esta Corte ha interpretado desde el caso "Perón" de Fallos: 247:387 que esos delitos no son amnistiables).

En la nueva norma se prevé la misma sanción que la del art. 29 para quienes realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, pero de ningún modo identifica las dos situaciones. En ese caso no hubiera sido necesaria la incorporación. Esta Corte también ha sostenido desde antiguo que la pena del art. 29 de la Constitución, repetida por el art. 227 del Código Penal, alude especialmente a las relaciones ordinarias de los poderes legislativo y ejecutivo (Fallos: 191:270; ...).

Por ello, en la sesión plenaria de la Convención Nacional Constituyente de 1994, el convencional Cafiero -miembro informante de la comisión- aclaró que así como hay "restricciones en nuestra Carta Magna que se refieren a las vicisitudes históricas que vivió el país durante el gobierno de Rosas", en tanto el "art. 29 menciona las facultades extraordinarias, que no eran comunes en la experiencia mundial", lo que demuestra "hasta que punto el pasado reciente condicionó a los constituyentes de 1853", "(n)osotros vivimos otra realidad, y a ella apunta la disposición constitucional que proponemos insertar con esta cláusula" (Obra de la Convención Nacional

Constituyente, tomo V, pág. 4446; ...). Está claro, entonces, que para el constituyente de 1994 el art. 29 no abarcaba determinadas situaciones que reclamaban una nueva cláusula constitucional.

El valor que allí se preserva no es el garantizado en el art. 29 de la Constitución Nacional, sino el de la democracia misma, tal como puede observarse a lo largo de todo el debate (op. cit., págs. 4446 a 4509). Al respecto el constituyente enfatizó que así como "vemos claro el concepto de orden constitucional y republicano que consagra nuestra Constitución y por ende sabemos lo que queremos defender, no es tan clara la defensa de la democracia. La democracia no tiene una extensa historia en el pensamiento político. No figura como sistema ni como concepto en la Constitución de 1853". Este artículo, entonces, "está dirigido a combatir un mal endémico de nuestra cultura política: el golpe de Estado" (op. cit., pág. 4448), que evidentemente no había sido combatido por las normas que existían hasta entonces, lo que demuestra que tal situación no fue contemplada en la Constitución Nacional. En efecto, se ha admitido que "cada país, en su momento y a su tiempo, ha tratado de tutelar su orden constitucional, conforme a sus propios antecedentes históricos" (op. cit., pág. 4446) y que las "penas e imprescriptibilidad de los delitos" previstos en el nuevo art. 36 tiene como fin "establecer efectos disuasorios para quienes aliente este tipo de expectativas en el futuro" (op. cit., pág. 4449). Es claro que para el constituyente, el art. 29 no tenía valor alguno de disuasión respecto de los usurpadores del poder.

60) Que en el precedente "Simón" -disidencia del juez Fayt- se afirmó -como tercera extensión del principio- que aun admitiendo que el art. 29 de la Constitución Nacional no sólo prohibiera la concesión de facultades extraordinarias o suma del poder público, sino también el ejercicio de éstas y, que a su vez, dicho ejercicio pudiera ser llevado a cabo por los usurpadores militares en tanto detentaron la cúspide del aparato estatal entre los años 1976-1983 ejerciendo "el máximo control imaginable" (considerando 24 del voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689), lo que resultaba ya seguro impensable es la extensión a aquellos sujetos que ni siquiera asumieron la suma del poder público. Tal es el caso del imputado en esta causa.

En efecto, no debe confundirse -parafraseando a Agnes Heller- la creación misma de la situación política y moral en la que la brutalidad pasa a ser moneda corriente (The Limits to Natural Law and the Parados of Evil, en Stephen Shute y Susan Hurley [eds.], On Human Rights, The Oxford Amnesty Lectures, 1993, pág. 149 ss.; ...), con la comisión de delitos concretos ejecutados en dicho contexto.

Por todo lo dicho, corresponde aquí reiterar que desde un punto de vista tanto histórico, como axiológico y sistemático bien puede no ser indultable la concesión de la suma del poder público y sí los delitos cometidos en el marco de una usurpación de poder (conf. disidencia del juez Fayt en "Simón").

61) Que sentado lo anterior, "no se le escapa a esta Corte que el país necesita desesperadamente recobrar la fe en sí mismo, así como el sentido de su dignidad, para acabar con la frustración, el escepticismo y el colapso moral resultantes de una larga cadena de acontecimientos (...) De esa manera podrán reconstruir la convivencia, los hábitos de vida civilizada y la solidaridad que ennoblecen la existencia humana" (conf. considerando 25 del voto del juez Fayt en Fallos: 310:1162).

Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado: "(u)n problema difícil que han tenido que encarar las democracias recientes ha sido el de la investigación de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en los anteriores gobiernos, así como la posibilidad de sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que es un asunto sensible y extremadamente delicado, donde la contribución que puede dar (...) es mínima. La respuesta, entonces, debe surgir de los sectores nacionales, que son en sí mismo los afectados, y la urgente necesidad de una reconciliación y pacificación nacional debe ser conciliada con las exigencias ineluctables de un entendimiento de la verdad y la justicia" (Reporte anual 1985/1986, pág. 192).

En ese cometido, corresponde recordar que nuestra Constitución fue definida como un legado de sacrificios y de glorias (Fallos: 205:614) que no puede decirse que hayan concluido con su sanción. La interpretación de la Constitución Nacional, así como los esfuerzos destinados a asegurar su vigencia, no pueden desentenderse de la realidad viviente de cada época (Fallos: 211:162) por desgarrante que ella haya sido. Mas esta regla no implica destruir las nobles bases que ella sienta, sino defenderlas en el orden superior de su perdurabilidad y el de la Nación misma, para cuyo gobierno ha sido instituida, sin que se puedan ignorar los avatares que la afectan de modo de hacer de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, sea esta realidad grata o ingrata (Fallos: 310:1162, voto del juez Fayt).

No debe permitirse, entonces, que los grandes beneficios hagan desaparecer los grandes principios. Precisamente una cultura jurídica se prueba a sí misma a partir de aquellos principios cuya lesión nunca permitirá, aun cuando esa lesión prometa la mayor ganancia (conf. W. Hassemer, Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada, trabajo presentado por el autor a la reunión de la europäische Rechtsakademie de Trier, diciembre 1994; trad. publicada en la Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 9 nro. 14, diciembre 1997).

Esto en modo alguno supone justificar la "aplastante enormidad del horror". En ese aspecto, comparto la idea de que toda política antiterrorista debe ajustarse dentro del marco estricto del Estado de Derecho. A tal fin, no debe ni puede renunciarse al riguroso cumplimiento de la Constitución Nacional. La gravedad de los delitos cometidos en la época de la última dictadura militar resulta palmaria, tal como también puede observarse claramente en la sentencia por la que esta Corte, no debe olvidarse, confirmó -en lo que aquí interesa- las condenas de quienes manejaron ese cruento aparato de poder. Allí se describieron especialmente las conductas merecedoras de reproche penal que consistieron en capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia, conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; realizar todas esas acciones en la más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado, el secuestro y el lugar de alojamiento; y dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Más grave fue aun que dicha condena tuvo como base fáctica lo ocurrido en lo que puede describirse como la "segunda etapa" de la lucha contra la subversión, es decir aquella que -pese al éxito que para fines de 1976 había tenido la lucha armada directa con el fin de neutralizar y/o aniquilar el accionar subversivo- se extendió al plano ideológico en todos los sectores de las estructuras del país. De ese modo se facultó a las Fuerzas Armadas para actuar no ya sobre el accionar subversivo, sino sobre sus bases filosóficas e ideológicas así como sobre sus causas políticas, económicas, sociales y culturales (conf. voto del juez Fayt en Fallos: 309:5, pág. 1689 con cita de la directiva 504/77).

Empero, si pretende asegurarse que, precisamente, la Constitución Nacional siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (Fallos: 178:9), la solución del caso debe desentenderse de las identidades de los involucrados y no depender "de la opinión o de la conciencia social, bastante movediza, sobre todo cuando se trata de juzgar actos relacionados con la vida política" (Rodolfo Moreno, op. cit., loc. cit.). Un enfoque axiológico basado en el puro solipsismo no es la mejor puerta de entrada a la realidad que contempla la Constitución Nacional. Por el contrario, un examen neutral es la vía científica que conduce en plenitud a su conocimiento. De otro modo, los principios garantistas se verían conculcados "con el pretexto de defender paradójicamente el Estado de Derecho" (Muñoz Conde, op. cit., pág. 664).

En efecto, son los preceptos liberales de la Constitución argentina los que deben ser defendidos férreamente a fin de conjurar que el enfoque inevitablemente difuso y artificioso del derecho penal internacional conduzca a la destrucción de aquéllos (disidencia del juez Fayt en "Arancibia Clavel" (Fallos: 327:3312).

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento recurrido. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase. - Carlos S. Fayt.

Disidencia parcial de la doctora Argibay:

Considerando: 1) La presente causa se siguió contra Santiago Omar Riveros por la presunta participación en diversos delitos (homicidios, privaciones ilegales de la libertad, torturas, apremios, lesiones, violaciones de domicilio) ocurridos "en distintas épocas" y con la concurrencia en los hechos de varias personas que formaban parte de las fuerzas armadas y de seguridad del Estado.

Mientras la investigación judicial se llevaba a cabo, el presidente de la República indultó, entre muchos otros, a Riveros mediante el decreto 1002/89. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, con fecha 10 de noviembre de 1989, rechazó los planteos de inconstitucionalidad del referido indulto, hizo lugar a la excepción aducida por la defensa y, con la conformidad del fiscal de cámara, dictó el sobreseimiento definitivo de Santiago Omar Riveros.

Contra esta decisión, los particulares damnificados interpusieron recurso extraordinario que esta Corte declaró mal concedido, con fecha 11 de diciembre de 1990 (Fallos: 313:1392). De esta forma se puso fin a la causa.

El 10 de noviembre de 2004, a partir de la presentación conjunta de diversas personas y de la Liga Argentina por los Derechos Humanos, el juez federal declaró la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, y resolvió "privar de efectos en las actuaciones principales y casos conexos a la totalidad de actos y resoluciones dictados en consecuencia del decreto 1002/89", entre ellos el sobreseimiento definitivo resuelto hacía más de una década. En relación con la decisión anteriormente reseñada que había dictado la Cámara de Apelaciones, expresó: "discrepo respetuosamente con lo resuelto por la Exma. Cámara del circuito con anterioridad en relación a esta cuestión, y entiendo que ello no debería ser interpretado como un alzamiento...".

Frente a la apelación de la defensa, la Cámara Federal de San Martín revocó el auto impugnado reiterando los fundamentos por los que ese mismo tribunal había decidido confirmar la constitucionalidad del decreto de indulto y el sobreseimiento de Riveros. Fundó su decisión en que aquel pronunciamiento había quedado firme y generado derechos a favor del imputado que no podían cancelarse en virtud del principio constitucional de cosa juzgada. En tal sentido, señaló que "el indulto fue aplicado en autos y respecto del procesado, habiéndose descartado su inconstitucionalidad", y recordó, a su vez, que el recurso extraordinario fue declarado mal concedido por esta Corte. También hizo mención al fallo dictado por el Tribunal en el precedente "Mercedes Aquino" (Fallos: 315:2421), que convalidó el decreto 1002/89 y también la sentencia de Fallos: 323:2648, que declaró contrario al principio de cosa juzgada volver sobre el punto ya resuelto relativo a su constitucionalidad.

Recurrida la decisión por los querellantes, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó las nulidades aducidas por la defensa y se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, ordenando la prosecución de la causa. En lo que aquí interesa, consideró que el derecho de las víctimas y el deber del Estado de investigar los delitos de lesa humanidad, primaban sobre la garantía constitucional de cosa juzgada. Al respecto, señaló que "la cosa juzgada, en el presente caso, constituye para Santiago Omar Riveros un beneficio que no es otro

que la misma detracción de derechos fundamentales de otros sujetos, es decir que se puedan investigar las violaciones a atributos elementales de los seres humanos, determinar quienes fueron sus responsables y aplicar las sanciones que correspondan".

Contra esta decisión, la defensa interpuso recurso extraordinario fundado en el desconocimiento del principio de cosa juzgada y en los derechos derivados del decreto 1002/89. También invocó la violación de la garantía del juez natural y la prescripción de la acción penal.

2) El remedio federal deducido resulta admisible, toda vez que en el caso se encuentra en discusión la inteligencia de los principios de juez natural, legalidad, cosa juzgada y la garantía ne bis in idem, mientras que la decisión del tribunal a quo ha sido contraria a la validez del derecho que la parte ha fundado en ellos (artículo 14.3 de la ley 48).

Por otra parte, se trata de una sentencia definitiva puesto que la decisión recurrida, si bien no pone fin a la causa resulta equiparable, pues en ese aspecto las garantías invocadas están destinadas a gobernar decisiones previas al fallo final. En efecto, llegado el momento de la sentencia, aún siendo absolutoria, resultaría inoficioso examinar el agravio invocado por la defensa a su derecho, pues para aquel entonces el riesgo de ser sometido a juicio ya se habría consumado irremediadamente.

3) En primer término, adhiero a los argumentos por los que en el considerando 7° del voto de la mayoría se rechaza el agravio relativo a la violación del juez natural, esto es, que el planteo de esa cuestión encuentra respuesta en los fallos de esta Corte citados por mis colegas, que la defensa no rebate.

En segundo lugar, respecto de los motivos fundados en la prescripción de la acción penal en la presente causa, mi posición ha quedado suficientemente explicada en mi voto en el precedente "Simón", Fallos: 328:2056, a cuyos fundamentos corresponde remitir, en lo pertinente, por razones de brevedad y, en consecuencia, la referida defensa debe ser rechazada.

4) Por el contrario, corresponde acoger el agravio referido a la violación de la garantía constitucional de la cosa juzgada.

Esta regla constitucional, reconocida tradicionalmente como una de las no enumeradas -artículo 33 de la Constitución Nacional- e incorporada expresamente en los artículos 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y su alcance sobre la efectividad de la prohibición de doble persecución penal (ne bis in idem), no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho sino también "la exposición al riesgo de que ello ocurra" (Fallos: 314:377; 319:43; 321:1173, disidencia de los jueces Petracchi y Bossert y 321:2826, entre otros).

5) Quiero dejar en claro desde ya que, a mi juicio, los indultos a personas procesadas son inconstitucionales porque implican una injerencia del Poder Ejecutivo en la jurisdicción exclusiva del Poder Judicial, lo cual atenta contra la división de poderes que sustenta nuestro sistema republicano de gobierno. Es verdad que, haciendo pie en el (actual) artículo 99.5 de la Constitución Nacional, una parte de la doctrina ha considerado factible realizar esta extensión; pero entiendo que tal interpretación amplía indebidamente la "magnanimidad" del Presidente de la Nación ya que la norma se refiere a indultar o conmutar penas, es decir, que permite un perdón discrecional. Nada hay que perdonar mientras no existe una condena que imponga pena, pues hasta entonces subsiste el principio de inocencia también consagrado por la Carta Magna.

Sin embargo, mi opinión personal sobre la validez de estos indultos resulta una mera declaración de principios porque en la presente causa no puede dictarse un pronunciamiento judicial sobre ese punto sin decidir el agravio de la defensa fundado en la afectación de la cosa juzgada.

En efecto, en este mismo proceso y en el mes de diciembre de 1990, esta Corte Suprema resolvió convalidar este indulto: la mayoría, por razones formales que fundaron el rechazo del recurso y los jueces Oyhanarte y Petracchi, en voto concurrente pero entrando al fondo del asunto, aprobando la constitucionalidad del decreto en cuestión (Fallos: 313: 1392). De manera que, en este caso, la discusión quedó cerrada hace 17 años.

Y destaco que la Convención Americana sobre Derechos Humanos estaba vigente desde 1984, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde 1986 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también desde 1986 (leyes 23.054 y 23.313, esta última referida a los dos pactos). Asimismo, conviene recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se había instalado en 1979 y dictó sus primeras sentencias en junio de 1987, vale decir, más de cuatro años antes de la resolución de esta Corte. Notoriamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dictó el informe 28/92 en la que concluye que el decreto 1002/89 es incompatible con el artículo XVIII (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y formula recomendaciones al gobierno de Argentina sobre el otorgamiento de compensación a los peticionarios, pero no lo somete a la Corte Interamericana, como prescribe el art. 51 de la Convención mencionada.

Por otra parte, cuando en 1994 se propuso a la Convención Constituyente (propuesta de la Dra. Alicia Oliveira y otros, por el Frente Grande) eliminar la facultad de indultar del presidente de la Nación, la mayoría de los constituyentes hizo oídos sordos a tal petición y mantuvo el privilegio, sin hacerse cargo siquiera de la discusión ya vigente sobre el tema de condenados y procesados que podría, al menos, haber sido aclarado.

Como ya dije, y se desprende de los antecedentes reseñados, la discusión sobre la inconstitucionalidad del indulto a Riveros ha concluido años atrás cuando en este mismo recinto los ministros firmaron la sentencia que desestimó el recurso interpuesto por los particulares damnificados. Pese a que toda la información y hasta declaraciones públicas parecen desatender el punto, entiendo que esta omisión conduce a una visión equivocada de la cuestión. Lo que está en juego en esta causa es, según se dejara ya aclarado, el principio de cosa juzgada y la prohibición de doble juzgamiento, tema que paso a considerar.

6) En su historia jurisprudencial, esta Corte ha presupuesto que es el efecto final e irrevocable de los fallos judiciales el elemento definitorio de la actividad que toca al Poder Judicial de la Nación (ver Fallos: 327:4729, 4732) que marca su lugar institucional y lo diferencia de las otras dos ramas del gobierno federal organizado por la Constitución Nacional. Esa razón, muchas veces no enunciada por obvia, ha llevado en el pasado al enérgico rechazo de aquellas leyes que otorgaban esos efectos a decisiones administrativas, sea declarándolas inconstitucionales (Fallos: 257: 136), sea admitiendo un recurso extraordinario ante la misma Corte para dar lugar a una revisión judicial de esas decisiones (ver la formulación de este principio en Fallos: 204: 474). Al mismo tiempo, ha reconocido que, una vez pronunciado el fallo judicial y agotados los recursos para su revisión, esos efectos irrevocables, conocidos bajo la expresión de "cosa juzgada", constituyen una garantía constitucional de los derechos individuales (Fallos: 308:84 en el que aplicó esta regla a un sobreseimiento definitivo), que debe ser respetada incluso por los tres poderes del Estado (Fallos: 199:466, 474; 307:1289, 1295), entre ellos los mismos jueces que dictaron el fallo (Fallos: 313:1409).

Pero, además de la pauta precedente, que ha servido de premisa implícita pero fundamental a la jurisprudencia de la Corte, hay razones aun más profundas, vinculadas al funcionamiento mismo del Poder Judicial y del Estado de Derecho, que no me permiten seguir a la mayoría en un caso como éste.

Es que ni esta Corte, ni ningún otro tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea

también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, etcétera. Si el propio juicio sobre el desacierto de un fallo pasado (ver Fallos: 308:1150, considerando 4(; 319: 2527, 2532) o la diferente concepción de la equidad o la justicia (ver Fallos: 315:2406, considerando 7) que anima a los jueces actuales pudiese dar lugar a una revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las decisiones que estamos tomando vendría a significar apenas más que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que fueran compartidas por ellos.

Ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de Derecho, es compatible con semejante consecuencia puesto que ese carácter supone que la opinión favorable (o desfavorable) de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las decisiones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes.

La excepción a la regla que asigna efectos irrevocables a un fallo judicial, conocida como "cosa juzgada írrita", no tiene absolutamente nada que ver con el acierto de los jueces que lo dictaron, sino, principalmente con su decencia y su libertad de conciencia. Es la desviación en el cumplimiento de sus deberes, por dolo o coacción, lo que les quita el carácter de jueces y, por ende, la importantísima atribución de resolver con carácter definitivo las causas sometidas a su decisión.

Nada más alejado de la situación que se presenta aquí. No está en duda la honradez de los jueces que dictaron el sobreseimiento en esta causa hace ya diecisiete años, juicio que no puede verse alterado por las profundas diferencias jurídicas o intelectuales que mantengo con esa decisión. Tampoco hay lugar para pensar en que hayan actuado bajo el influjo de alguna restricción a su independencia. A punto tal que, incluso en el pronunciamiento que hoy estamos dictando, aquella resolución que cerró el caso es defendida en su voto disidente por el juez Fayt quien, junto al juez Petracchi, formaba parte de la Corte Suprema al momento de dictarse la resolución que, al rechazar el recurso extraordinario, dejó firme el pronunciamiento apelado en torno a la validez de los indultos y al sobreseimiento definitivo del imputado.

7) Debe quedar claro que no se cancela la posibilidad de investigación y de llegar a conocer la verdad, sino que se está tratando la situación de una sola persona, en una situación particular. Otros casos pueden ser distintos, según la resolución judicial que se hubiera dictado.

Así pues, por mucho que personalmente me disgusten las consecuencias de aquella decisión judicial, en cuanto desvincula a Riveros de la causa aun cuando continúe la investigación, el principio de la cosa juzgada debe prevalecer en salvaguarda del Estado de Derecho basado en nuestra Constitución Nacional. De esta manera se reafirman las pautas de la vida democrática y republicana, que la distinguen neta y definitivamente de quienes la conculcaron, y es la mejor manera de defender las instituciones contra las incursiones violentas como las que padecemos.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca el pronunciamiento recurrido. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expresado. Notifíquese y remítase. - Carmen M. Argibay.

ARGENTINA- Sentencia 3

Corte Suprema de Justicia de la Nación
«Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo»

31/08/2010

Fallos, 333:1657

Buenos Aires, 31 de agosto de 2010.

Vistos los Autos: "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación".

Considerando:

1) Que la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, al rechazar los recursos de casación deducidos por las defensas de Jorge Rafael Videla (fs. 234/269) y de Emilio Eduardo Massera (fs. 270/289), dejó firme el pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal (fs. 215/230), en cuanto declaró la inconstitucionalidad parcial del decreto 2741/90 del Poder Ejecutivo Nacional, por el que el entonces Presidente de la República, doctor Carlos Saúl Menem, había indultado las penas de reclusión y prisión perpetua que se habían impuesto a Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera, respectivamente, en la sentencia dictada en la causa 13/84 de esa cámara.

Contra aquella decisión, las defensas interpusieron los recursos extraordinarios de fs. 548/568 y 569/587, que fueron contestados por el fiscal a fs. 589/591, y concedidos a fs. 593/594.

2) Que en el recurso extraordinario la defensa de Jorge Rafael Videla cuestionó, con invocación de presentarse una cuestión federal configurada por recurrirse una sentencia arbitraria en los términos de la doctrina de esta Corte sobre la materia, la competencia de la cámara federal para intervenir en el caso, a la par que mantuvo su planteo atinente a la nulidad de lo actuado en virtud de la intervención ex officio por parte de ese tribunal; además, como cuestión constitucional de fondo, planteó la validez del indulto dispuesto a favor de su defendido por no contradecir ninguna cláusula de la Constitución Nacional ni de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que precisó.

Por su lado, la defensa de Massera proclamó la afectación de la garantía constitucional de defensa y señaló que no se encontraba en condiciones de ejercer una asistencia técnica eficaz, ya que su asistido padecía de incapacidad para estar en juicio; en forma subsidiaria, planteó la vulneración del debido proceso argumentando que la jurisdicción de las cámaras intervinientes no había sido debidamente habilitada por el Ministerio Fiscal, única parte legalmente legitimada en este expediente.

3) Que, en primer lugar, el agravio fundado en la afectación de la garantía de defensa de Emilio Eduardo Massera, en razón de la alegada incapacidad para estar en juicio, remite a la valoración de circunstancias de hecho y a la interpretación de normas de derecho común que ha sido resuelta por los jueces de la causa con fundamentos suficientes, lo que descarta la tacha que se le dirige.

Ello es así, pues la recurrente expone divergencias conceptuales en punto a las implicaciones que acarrearía el estado de salud de su asistido en el trámite de estas actuaciones, pero no rebate la totalidad de los fundamentos que sostienen racionalmente la sentencia apelada (fs. 582/584), ni demuestra que en la decisión del caso se haya incurrido en un error intolerable para una racional

administración de justicia según el estándar definido en "Estrada" (Fallos: 247:713) y recordado en "Córdoba - Convocatoria a elecciones de gobernador, vicegobernador, legisladores y Tribunal de Cuentas provincial para el día 2 de septiembre de 2007 s/ recurso de apelación y nulidad" (Fallos: 330:4797)— que dé lugar a un supuesto de arbitrariedad que justifique la intervención de este Tribunal en una materia que, por su naturaleza, es propia de los jueces de las instancias ordinarias.

4) Que, en cuanto concierne a las objeciones expuestas por los apelantes en punto a la intervención de la cámara federal, ya sea por la incompetencia, o fuera por la actuación ex officio, son inadmisibles.

5) Que, en efecto, las peculiares características que reviste la situación planteada en este expediente torna de aplicación la doctrina de esta Corte según la cual la determinación del tribunal competente no debe sujetarse en demasía a consideraciones de derecho de fondo o forma, pues en tanto quede salvaguardada la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional, las normas que rigen el caso admiten un margen de distinción para los supuestos en que su aplicación rigurosa contrariara el propósito de la mejor, más expeditiva y uniforme administración de justicia (Fallos: 261:20 y 293:115).

6) Que, en el caso, el tribunal a quo ha explicitado fundamentos opinables para resolver del modo en que lo hizo, y tal circunstancia impide que el caso dé lugar a una decisión constitucionalmente insostenible a la luz del principio recordado en el considerando 30; y, por otro lado, no se advierte que se encuentre afectada la garantía de juez natural que se invoca, pues según surge de la doctrina de "Grisolía,

Francisco Mariano" (Fallos: 234:482) y "Videla, Jorge Rafael" (Fallos: 306:2101) —entre otros— la cláusula contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional sólo tiende a impedir la sustracción arbitraria de una causa a la jurisdicción del juez que continúa teniéndola para casos semejantes, con el fin de atribuir su conocimiento a uno que no la tiene, constituyendo así, por vía elíptica, una verdadera comisión especial enmascarada bajo el ropaje de una reforma legislativa de naturaleza procesal; situación que carece de todo punto de contacto con la actuación cumplida en el sub lite por la cámara de origen.

7) Que, por otra parte, el tribunal a quo ha dado razones suficientes para sostener que las autoridades estatales tenían la obligación de actuar ex officio para hacer cumplir la sanción impuesta a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos, como también para declarar la inconstitucionalidad del decreto que dispuso el indulto que aquí se trata, de modo que las objeciones que realizan los apelantes al alcance acordado por el tribunal a quo a la sentencia del "Caso del Penal Miguel Castro Castro" de la Corte IDH, sólo se erige como una crítica parcial fundada en una interpretación distinta que deja incólume los fundamentos que sostiene el pronunciamiento recurrido.

8) Que, cabe subrayar, que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Fallos: 330:3248, considerandos 20 y 21).

Con tal comprensión esta Corte remarcó —mediante la cita de diversos precedentes de aquel tribunal internacional— la obligación del Estado Argentino no sólo de investigar sino también de castigar los delitos aberrantes, deber que no podía estar sujeto a excepciones.

9) Que, precisamente sobre la base de tales principios, no es posible atender la crítica que exponen los recurrentes en punto a la interpretación y aplicación por parte de la cámara a quo de la doctrina fijada por la Corte IDH en la sentencia del "Caso del Penal Miguel Castro Castro", pues la sujeción a la pauta establecida en dicho precedente, según la cual las autoridades estatales deben actuar ex officio y sin dilaciones una vez advertido el incumplimiento de la obligación de evitar la impunidad y satisfacer el derecho de las víctimas, conllevó al tribunal interviniente a preterir las vallas formales que presentaba la ley doméstica para cumplir de este modo con la responsabilidad internacional asumida por el Estado Argentino.

10) Que, sentado ello, cabe señalar que con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 327:3117).

Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de "convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones.

Desde esta comprensión, los reparos que sobre el particular esbozan las defensas, son inadmisibles.

11) Que, por último, corresponde rechazar por insubstancial el resto de los agravios vinculados a la alegada constitucionalidad del decreto de indulto 2741/90, en tanto los planteos de la recurrente promueven el examen de cuestiones sustancialmente análogas, mutatis mutandi, a las tratadas y resueltas en la sentencia dictada el 13 de julio de 2007 en la causa "Mazzeo" (Fallos: 330:3248), a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir dado que son plenamente aplicables al sub lite.

12) Que no obsta a ello, como pretenden los recurrentes, que en aquel caso se tratara de procesados y no de condenados como aquí, pues allí se señaló que "los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo", y que "...cualquiera sea la amplitud que tenga el instituto del indulto, él resulta una potestad inoponible para este tipo de proceso, pues para el supuesto que se indultara a procesados partícipes de cometer delitos de lesa humanidad, ello implicaría contravenir el deber internacional que tiene el Estado de investigar, y de establecer las responsabilidades y sanción; del mismo modo, si se trata de indultos a condenados, igualmente se contraviene el deber que tiene el Estado de aplicar sanciones adecuadas a la naturaleza de tales crímenes" (considerando 31 del fallo citado).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declaran procedentes los recursos extraordinarios con el alcance que surge de los considerandos y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y devuélvase. —Ricardo Luis Lorenzetti. —Elena I. Highton de Nolasco. —Juan Carlos Maqueda. —E. Raúl Zaffaroni.

ARGENTINA- Sentencia 4

Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén

Corte Suprema de Justicia de la Nación

05/09/2007

Fallos, 330:3908

Buenos Aires, septiembre 5 de 2007.

Resulta:

l) La firma Editorial Río Negro S.A., por medio de su apoderado, promueve acción de amparo —en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional y del art. 1° de la ley 16.986— contra el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén, con el objeto de que se "le imponga el cese de la arbitraria decisión" de privar al diario "Río Negro" —que ella edita— y a sus lectores "de la publicidad oficial de los actos de gobierno de esa provincia y restituya la distribución de la publicidad oficial que se [le] atribuía normalmente" (fs. 4/16).

Relata que en diciembre de 2002 el referido diario difundió la denuncia que el día 7 de ese mes y año un diputado de la Provincia del Neuquén —Jorge Taylor— había efectuado en el sentido de que el vicepresidente primero de la Legislatura de la provincia —Osvaldo Ferreira— le habría ofrecido un crédito por la suma de \$ 640.000 de una entidad local a fin de que diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por el gobernador provincial —Jorge Sobisch— para cubrir las vacantes que existían en el Superior Tribunal de Justicia "con abogados de su confianza".

Manifiesta que el gobierno de la Provincia del Neuquén, en represalia a la publicación y difusión de aquella noticia y con una actitud "discriminatoria" hacia el diario, comenzó inmediatamente una campaña de desprestigio en su contra. Como una de sus manifestaciones, y en virtud de un manejo discrecional de los fondos públicos destinados a la publicidad oficial en los medios de comunicación social, privó a ese diario totalmente de dicha publicidad, no solamente respecto de la administración central sino también de la descentralizada, "con el exclusivo objeto de silenciar la crítica política", y la concedió únicamente al diario "Mañana del Sur". Sostiene, en tal sentido, que en este último diario siguen anunciando entidades como el Instituto de Seguridad Social del Neuquén, el Instituto de Vivienda y Urbanismo, el Consejo Provincial de Educación, la Dirección Provincial de Vialidad, la Subsecretaría de Energía y el Banco de la Provincia del Neuquén.

Como ejemplo de la aludida campaña, señala que el presidente de la Lotería provincial —Alfredo Mónaco— hizo saber al diario "Río Negro", el 22 de diciembre de 2002, su decisión de interrumpir la publicidad —que mantuvo durante años— con justificación en cuestiones presupuestarias, a las

que califica como inexistentes ya que en el diario "La Mañana del Sur" se incrementó la publicidad oficial.

Pone de relieve que hasta la publicación de la denuncia de intento de soborno, el diario "Río Negro" —al que señala como el de mayor circulación en la Provincia del Neuquén, cercana al 80% de todos los diarios que se distribuyen en esa geografía incluyendo los nacionales— tuvo en los años 2000, 2001 y 2002 una participación creciente en la publicidad oficial de la Subsecretaría General de la Gobernación —aunque menor a otros medios gráficos regionales— la cual significó, respectivamente, el 3,77%, el 4,50% y el 8,98% de su venta neta de publicidad.

Enfatiza que lo que denomina "reducción a cero del centimetraje de publicidad" o "corte publicitario" constituye la "contraparte económica de las agresiones verbales impulsadas por altos funcionarios neuquinos que se expresan públicamente contra el diario", entre los que menciona al diputado por el Movimiento Popular Neuquino Julio Falletti, al ministro de gobierno Oscar Gutiérrez, al concejal Federico Brollo, al presidente del banco provincial Luis Manganaro y al propio gobernador Sobisch.

Dice que la decisión del gobierno provincial puede crear un clima propicio para la limitación ilegítima de la libertad de expresión, con desconocimiento del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —y la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos de dicha libertad—, cuya jerarquía constitucional ha sido consagrada en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental. Aquella disposición veda no sólo las afectaciones directas sino también las indirectas y, además, tutela los dos aspectos de la libertad de "buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole": la individual y la social.

Agrega que los gobiernos "no pueden utilizar el dinero de los contribuyentes para presionar a los medios de comunicación cuya crítica política les resulta molesta, a través de la asignación arbitraria y discriminatoria de la publicidad oficial".

En este sentido, manifiesta que el corte de la publicidad "es consecuencia ... de la represalia y discriminación contra Río Negro" (fs. 7 vta.); que la política oficial se sustenta en la discriminación (fs. 8) y que no es la primera vez que la administración Sobisch plantea una discriminación en su contra (fs. 9 vta.).

Indica, asimismo, que la conducta controvertida tiene efectos perjudiciales sobre la economía de la empresa, aspecto que, en tanto garantiza su existencia, ha sido reconocida por esta Corte en el precedente "S.A. La Nación s/ infracción a la ley 11.683" (Fallos: 316:2845).

Funda la competencia originaria de esta Corte en la distinta vecindad, ya que el diario tiene domicilio en la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, y la demandada es la Provincia del Neuquén.

II) La provincia demandada presentó el informe del art. 8° de la ley 16.986 (fs. 121/137).

Alega que al asumir en 1999 la nueva gestión se encontró con una situación de cesación parcial de pagos —con el colapso de las cuentas públicas— por lo que el Poder Ejecutivo adoptó diversas medidas de estricta contención del gasto público en orden a reducir el déficit estructural. Para ello dictó los decretos 50/99, 71/99 y 1875/00 mediante los cuales se procedió a suspender la

publicidad oficial (exceptuando a los llamados "avisos de ley") a fin de garantizar, dentro de los preceptos constitucionales, la publicidad de los actos de gobierno. En el último de los decretos mencionados, dice, se vislumbra una nueva concepción de la comunicación oficial como instrumento viable para la concreción de determinados objetivos planteados desde la gestión como prioritarios para el desarrollo de la sociedad. Sostiene que, a raíz de los convulsionados episodios que ocurrieron en el ámbito nacional en diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo local dispuso que se utilizara la comunicación de gobierno como base fundamental para facilitar los procesos de intercambio con los ciudadanos. Como consecuencia de la nueva concepción, el gasto publicitario pasó a considerarse una inversión en términos sociales, lo que quedó plasmado en los decretos 1415/02, 1459/02 y 1482/02, que establecieron la coordinación y estructura funcional de la difusión de las actividades oficiales.

Afirma que, dado el reducido porcentaje de consumidores de medios gráficos en la provincia (aproximadamente el 7% de la población), desde una óptica netamente técnica como la implementada resulta redundante e ineficiente la multiplicidad de contratación en dicho formato. Manifiesta que en la tarea de redistribución de los recursos financieros de un modo más eficiente, se seleccionó el medio gráfico a contratar mediante parámetros objetivos de valoración del costo y el beneficio, esto es, el alcance y la distribución de ejemplares y el segmento objetivo, en función de las tarifas oficiales publicitarias y el precio unitario del ejemplar. La eficiencia del gasto depende, entre otros aspectos, de las tarifas aplicadas por cada empresa periodística y de la disponibilidad o no de descuentos o bonificaciones, punto de referencia que ha sido esencial —expresa— para definir las contrataciones. En efecto, dice que la empresa demandante posee tarifas notoriamente superiores, en más de un 100%. Como ejemplo de ello indica que, a raíz del pedido de presupuesto para la contratación de cinco páginas de publicidad, aquella no ofreció descuento alguno por volumen, en tanto la competencia —es decir el diario "La Mañana del Sur"— ofertó un descuento del 25%.

También —señala— se ponderó la aplicación extensiva y coherente del espíritu del "compre neuquino" instaurado por la actual gestión de gobierno por medio de convenios y decretos, como, por ejemplo, el 2700/00.

Apunta que diversas normas provinciales prevén las pautas para las publicaciones legales exigidas, entre ellas la ley 1284, el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial (aprobado por la ley 1036), el Código Procesal Administrativo (aprobado por la ley 1305), la ley de viviendas (2021), la ley de contrataciones públicas (2141), y los decretos 108/72 y 1132/79, y que todas ellas exigen —como mínimo— la publicidad en el boletín oficial y en un diario de los de mayor circulación en la provincia.

Pone de relieve que la publicidad varía año a año y que el diario "Río Negro" incrementó la venta de publicidad proveniente de diversos organismos provinciales.

Subraya que no existió privación ni cese total de publicidad, ya que en el período comprendido entre diciembre de 2002 y abril de 2003 se libraron órdenes de compra para el referido diario por aproximadamente \$ 49.000.

Agrega que existe una imposibilidad fáctica para el mantenimiento de pautas publicitarias concretas, ya que ellas responden a las necesidades reales de información; en tal sentido,

puntualiza que acceder lisa y llanamente a la pretensión implicaría el absurdo jurídico de privilegiar la ecuación económica-financiera de la empresa periodística en perjuicio de los intereses estatales.

Destaca que el derecho a la libre expresión no asegura el acceso irrestricto a una información gubernamental retribuida y que no cabe comprometer un ingreso financiero que evite los riesgos propios de la actividad del empresario periodístico; a lo que añade que los aspectos puramente económicos de la actividad están relacionados con las reglas del mercado y las leyes aplicables a los negocios en general. En la misma línea de ideas, dice que no puede obligarse a uno de los clientes de una empresa a mantener una contratación con fundamento en que, de lo contrario, ella no sería rentable y correría el riesgo de cesar en su actividad. Dicha pretensión, asegura, resulta absolutamente inatendible en el caso de clientes particulares y, también, cuando se trata del Estado. En el presente caso —advierte— no se trata de la rescisión o incumplimiento contractual por parte del Estado, sino que simplemente concurre la fluctuación de las pautas de publicidad oficial.

Con relación al Banco de la Provincia del Neuquén y a la Lotería provincial, alega, por un lado, que ambos son entes con personalidad jurídica propia y, por el otro, que los datos aportados en la demanda demuestran de manera irrefutable que la disminución de la contratación es de origen anterior y ninguna vinculación tiene con las circunstancias que invoca la contraparte. Cita en apoyo de su posición la doctrina del precedente de Fallos: 320:1191.

III) El señor Procurador General de la Nación dictaminó en sentido de rechazar la demanda (fs. 615/624). Considerando: 1°) Que tal como lo ha dictaminado el señor Procurador General sustituto (fs. 20/20 vta.), el presente juicio es de la competencia originaria de esta Corte (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que la cuestión sometida a decisión del Tribunal radica en determinar si la Provincia del Neuquén redujo sustancialmente la publicidad oficial en el diario "Río Negro" a partir de diciembre de 2002 —hasta llegar a interrumpirla en enero de 2003— como consecuencia de noticias publicadas por el diario demandante y —de ser ello así— si dicha conducta gubernamental resulta discriminatoria y viola la libertad de prensa tutelada en los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional.

3°) Que el supuesto de hecho consistente en que la Provincia del Neuquén redujo sustancialmente la publicidad oficial en el diario "Río Negro" en diciembre de 2002, la suprimió en enero de 2003 y la volvió a otorgar a partir del 15 de febrero de 2003 se encuentra probado.

La reducción de publicidad oficial en el diario de la actora, el aumento para la competencia y la supresión de publicidad oficial durante el mes de enero de 2003, surge del cuadro comparativo de los años 2000, 2001, 2002 y 2003 respecto de la publicidad oficial contratada con aquel diario y con "La Mañana del Sur" (fs. 86/87), de las copias de contratación de dicha publicidad acompañados por la propia demandada (fs. 88/96) y del informe previsto en el art. 8° de la ley 16.986 (ver fs. 127 vta./128). En efecto, de la cuarta columna del cuadro de fs. 86 se extrae que el diario Río Negro recibió entre enero y abril de 2003 publicidad oficial de Jefatura de Gabinete (\$ 2395,80), de la Secretaría de Estado de Educación (\$ 42.198,75) y de la Fiscalía (\$ 556,60). Si se cotejan estos datos con las órdenes de compra de fs. 93 a 96 se concluye que dicha publicidad oficial fue contratada en los meses de febrero, marzo y abril de 2003.

De aquí se sigue que se puede afirmar sin hesitación que durante el mes de enero el diario "Río Negro" no recibió publicidad oficial la que recién fue retomada a partir del 15 de febrero de 2003, es decir, algunos días después de la promoción de la demanda que aquí se examina (23 de enero de 2003; ver cargo de fs. 16 vta.).

Cabe señalar, que la demandada argumenta que, ante dicha reanudación, resulta inoficioso un pronunciamiento judicial. Tal planteo resulta inadmisibles en tanto lo que aquí se discute es si el Estado provincial puede quitar la publicidad oficial en forma abrupta ante una noticia periodística que le parece inconveniente, para volver a darla cuando cese esa situación, según su puro arbitrio, o si, por el contrario, tal discrecionalidad se encuentra limitada por razones constitucionales.

4°) Que una vez acreditado que el Estado demandado contrató publicidad oficial con el diario actor, la interrumpió y la volvió a conceder después de promovida esta acción, corresponde determinar si esa conducta importó discriminar al actor generando una lesión a la libertad de prensa. En este sentido, y para descartar dicha afectación, se debe examinar si existió un motivo razonable para adoptar dicha conducta. A tales efectos, —y conforme surge del voto en disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert en la causa "Emisiones Platenses S.A." (Fallos: 320:1191)— es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial.

Al respecto, cabe señalar que no existe un derecho subjetivo por parte de los medios a obtener publicidad oficial. Sin embargo, el Estado no puede asignar los recursos por publicidad de manera arbitraria, en base a criterios irrazonables. Así, los criterios no serían ilegítimos cuando "La necesidad de selección se relaciona con la necesidad de que los funcionarios del Estado establezcan una diferenciación entre una serie de medios de comunicación dentro de una categoría". "Para adoptar esas decisiones de acuerdo con los principios de la libertad de expresión, las mismas deben estar basadas en criterios 'sustancialmente relacionados' con el propósito descrito y que debe ser neutro en relación con los puntos de vista del medio" (Punto 11 del Informe Anual 2003 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, www.cidh.org/relatoria/showarticle.asp).

Por lo demás, no sólo debe evitar el gobierno acciones intencional o exclusivamente orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa, sino también aquellas que llegan a idéntico resultado de manera indirecta.

Los actos indirectos son, en particular, aquellos que se valen de medios económicos para limitar la expresión de las ideas. Esta Corte ha señalado la influencia del factor económico en la prensa actual, ya que "Los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas" (Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert). La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece, en su art. 13, inc. 3°, que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

Por lo tanto, la distribución de publicidad estatal puede ser utilizada como un fuerte disuasivo de la libertad de expresión, obstruyendo este derecho de manera indirecta (conf. Punto 13 del Informe mencionado).

5°) Que, conforme a los principios expuestos, corresponde examinar los argumentos desarrollados por la provincia demandada para justificar su conducta los que pueden resumirse del siguiente modo: (1) el "compre neuquino"; (2) la inexistencia de una obligación de proporcionar publicidad oficial a diarios como el actor y (3) la adopción de medidas para reducir el gasto público.

6°) Que con respecto al "compre neuquino" implementado en el decreto 2700/00, existen diversas razones que impiden atender este argumento.

En primer lugar, el referido decreto no contempla el específico supuesto de la contratación de publicidad oficial con los medios gráficos de comunicación, sino que su pretendida aplicación por la provincia —por no tener el diario actor domicilio real en ella— parte únicamente de una interpretación de sus previsiones. En efecto, el decreto creó un "Programa de apoyo a la actividad de las pymes neuquinas", en beneficio de "productores, contratistas profesionales y técnicos neuquinos" que tengan domicilio real en la provincia demandada. Sin embargo, dicho "programa" no regula el supuesto en examen, por lo que resultaría inconveniente aplicar sus disposiciones en un ámbito material ajeno.

En segundo lugar, si, por vía de hipótesis, se considerase que el decreto es aplicable, existen dos razones más que avalan aquella conclusión.

Por un lado, si bien es cierto que —según jurisprudencia pacífica de esta Corte— nadie tiene derecho al mantenimiento de un régimen normativo, no puede desconocerse que dicho decreto fue dictado el 14 de diciembre de 2000 y sólo fue aplicado al diario actor a partir de diciembre de 2002, es decir, dos años después de su entrada en vigencia, en fecha coincidente con los sucesos alegados en la demanda como origen de la reducción y supresión de la publicidad oficial en el diario "Río Negro". En otros términos, resulta —al menos— llamativo que un decreto que entró en vigencia en el año 2000 haya sido recién aplicado al actor dos años después y en forma contemporánea a la fecha en que el diario publicó la denuncia referida.

Por otro lado se advierte que, a pesar de la invocación del decreto 2700/00 la provincia demandada, a partir de febrero de 2003, y hasta el presente, ha continuado la contratación y la oferta de publicidad oficial con el diario editado por la actora —sin que ésta cuente con la medida cautelar que fue solicitada en la demanda—, lo que importaría dejar de lado dicha norma y ponerse en contradicción con su conducta inmediata anterior (Fallos: 313:367; 315:1738 y 316: 1802, entre otros). La teoría de los actos propios hace, pues, que el argumento en examen pierda toda eficacia.

7°) Que con relación al segundo argumento referido a la inexistencia de una obligación de proporcionar publicidad oficial a diarios como el actor, la provincia señala que, si bien la publicidad de los actos oficiales la obliga a publicarlos en el boletín oficial y en un diario de gran circulación, no le impone, en cambio, hacerlo con otros medios gráficos.

Tampoco este razonamiento tiene consistencia.

En efecto, la obligación que, según sus leyes, tiene la demandada en el sentido invocado, no cierra el camino a la publicación en otro de los diarios de mayor circulación provincial y deja abierta esa posibilidad; la cual, como no ha sido discutido, fue concretada por la provincia durante los años 2000, 2001 y 2002 —hasta el mes de diciembre— con los diarios "Río Negro" y "La Mañana del Sur" de un modo parejo.

Además, como se vio en el considerando precedente, es la propia demandada la que retomó a partir de febrero de 2003 la contratación oficial con el diario "Río Negro", conducta que, también, tiene encuadramiento en la doctrina de los actos propios y deja sin sustento el razonamiento postulado por aquélla.

8°) Que la provincia señala como tercer argumento para justificar su conducta la necesidad de adoptar diversas medidas de estricta contención del gasto público en orden a reducir el déficit estructural y la inconveniencia de pagar tarifas más caras como las que pretendía cobrar el diario actor.

Al respecto, cabe señalar que la provincia demandada no ha logrado probar que las diferencias entre las tarifas que presentaron los diarios "Río Negro" y "La Mañana del Sur" tengan la entidad que le atribuye para justificar la conducta cuestionada por la actora.

Los cuadros adjuntados muestran, efectivamente, una diferencia entre las tarifas que cobraban los dos diarios.

Empero, cabe advertir, que las tarifas contenidas en dichos cuadros corresponden a períodos distintos (fs. 112/115, 340 y 343), con la imprecisión que ello provoca en la pretendida comparación.

9°) Que, por lo demás, el comportamiento de la Provincia del Neuquén configura un supuesto de presión que lejos de preservar la integridad del debate público lo puso en riesgo, afectando injustificadamente, de un modo indirecto, la libertad de prensa y el legítimo interés que el diario "Río Negro" y sus lectores tienen en el comportamiento de los funcionarios políticos de dicha provincia en el ejercicio de sus funciones.

Tal como se manifestó ut supra el gobierno debe evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que llegan indirectamente a ese resultado. Es decir, basta con que la acción gubernamental tenga ese objetivo para que se configure un supuesto de afectación a dicha libertad. Es por ello, que no resulta necesario la asfixia económica o quiebre del diario, supuesto que, por otro lado, se configuraría en casos de excepción. Por lo demás, la afectación económica debe examinarse no sólo en relación a la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta de diarios en tanto muchos lectores se verán obligados a informarse por otros medios acerca de la gestión pública.

10) Que es deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos públicos, lo que constituye un presupuesto esencial para el gobierno democrático.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que "la libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre" (caso

"La colegiación obligatoria de periodistas", Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A N° 5, párr. 69). Asimismo destacó que "la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente" (caso "La última tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros]", sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C no. 73, párr. 65), y que los medios de comunicación en una sociedad democrática son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones (caso "Ivcher Bronstein vs. Perú", sentencia de 6 de febrero de 2001, serie C no. 74, párr. 149). Y también sostuvo que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social. Dicha libertad requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno (casos "La colegiación obligatoria de periodistas"; "La última tentación de Cristo"; "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia del 2 de julio de 2004, serie C no. 107, párr. 108).

En la misma línea de pensamiento, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que "la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática" (caso "Lingens vs. Austria", sentencia del 8 de julio de 1986, serie A N° 103, párr. 42).

11) Que, por todo lo expuesto, cabe concluir: a) Existencia de supresión y reducción sustancial de la publicidad oficial. En el caso existe evidencia de que el Estado provincial contrató publicidad oficial con el diario actor, la interrumpió y la volvió a otorgar después de promovida esta acción. No cabe duda alguna de que se configuró un supuesto de supresión temporaria y, luego, de un retorno a la contratación con reducción sustancial de la publicidad que antes se le suministraba.

b) Ausencia de motivos razonables cuya existencia debe ser probada por el Estado. El pleno ejercicio de las libertades es la regla en un Estado de Derecho, mientras que toda limitación de ellas es de interpretación restrictiva. En consecuencia, quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique. Por ello, en este caso es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial, lo que, como se dijo, no ha ocurrido.

c) Ejercicio irrazonable de facultades discrecionales. Existe una supresión temporaria y una reducción sustancial sin causa justificada y, además, evidencia sobre el ejercicio irrazonable de facultades discrecionales. Para tener por acreditado este hecho es suficiente la ausencia de medios económicos en grado suficiente para poner al medio de comunicación en desventaja con otros competidores de similar envergadura o bien para colocarlo en una dificultad seria de dar a conocer sus ideas. No es imprescindible la acreditación de una intención dolosa, o un ánimo persecutorio o discriminatorio, ni tampoco la existencia de una situación de asfixia económica.

d) No puede afirmarse la existencia de un derecho a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial.

e) Existe un derecho contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos. La primera opción para un Estado es dar o no publicidad, y esa decisión permanece dentro del ámbito de la discrecionalidad estatal. Si decide darla, debe hacerlo cumpliendo dos criterios constitucionales: 1) no puede manipular la publicidad, dándola y retirándola a algunos medios en base a criterios discriminatorios; 2) no puede utilizar la publicidad como un modo indirecto de afectar la libertad de expresión. Por ello, tiene a su disposición muchos criterios distributivos, pero cualquiera sea el que utilice deben mantener siempre una pauta mínima general para evitar desnaturalizaciones.

Por tanto, la presente demanda habrá de ser admitida, condenando a la Provincia del Neuquén a que las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas. No obstante, las modalidades de ejecución deberán diferir necesariamente de las usuales. En tales condiciones, corresponderá que la Provincia del Neuquén presente en el término de 30 días un esquema —con el grado de elasticidad que la cuestión requiere— de distribución de publicación de publicidad, respetuoso de los términos y principios que informa la presente decisión.

Por lo expuesto, y oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: Hacer lugar a la demanda en los términos que surgen del párrafo anterior. Con costas. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Carlos S. Fayt (según su voto). — Enrique S. Petracchi (en disidencia). — Juan C. Maqueda (en disidencia). — E. Raúl Zaffaroni. — Carmen M. Argibay (en disidencia).

Voto del doctor Fayt:

Considerando: 1°) Que la presente causa es de la competencia originaria de esta Corte (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional). 2°) Que los términos en que ha quedado planteada la cuestión a decidir resultan de los apartados primero a sexto del dictamen del señor Procurador General, al que corresponde remitir a fin de evitar repeticiones innecesarias. 3°) Que, en tales condiciones, se encuentra fuera de discusión que en la publicidad oficial de la Provincia del Neuquén no se asigna —a partir del mes de enero del año 2003— participación alguna a uno de los diarios de mayor circulación en ese Estado local como es el diario "Río Negro". No es óbice para esta conclusión la circunstancia apuntada en las presentaciones de fs. 203 y 331. Es que si bien es cierto que las sentencias de este Tribunal deben atender —según reiterada doctrina de innecesaria cita— a la situación de hecho existente en el momento de su dictado, las características singulares de esta causa requieren —no obstante las circunstancias apuntadas— de una decisión judicial que se pronuncie en orden a la existencia de una verdadera obligación estatal de distribuir publicidad oficial conforme a pautas generales respetuosas de la libertad de expresión o, dicho en otros términos, a la inexistencia de facultades discrecionales al respecto. Si entendiéramos que el haber reanudado la publicación de publicidad oficial en el diario "Río Negro" tuviera el efecto de volver abstracta la cuestión a decidir, estaríamos partiendo de una base que es justamente la que se encuentra en crisis en autos, esto es, la discrecionalidad estatal sobre el punto.

4°) Que esta Corte está llamada a decidir, como se indicó, si el comportamiento de la provincia demandada es consistente con la libertad que proclama el art. 14 de la Ley Fundamental y el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). En este sentido, y tal como lo ha recordado el Tribunal en Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, "entre las libertades que la Constitución Nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad, al extremo de que sin su debido resguardo existiría tan sólo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el art. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa, protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica" (Fallos: 248:291, considerando 25); que "esta Corte participa del criterio admitido por el derecho norteamericano, con arreglo al cual la libertad constitucional de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa en los términos del art. 14.

Basta para ello referirse a lo establecido con amplitud en los arts. 32 y 33 de la Constitución Nacional y a una razonable interpretación del propio art. 14" (Fallos: 257:308, considerando 8°) y que la protección constitucional "debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y sus funciones esenciales" (Fallos: 257:308, cit., considerando 10 y 308:789, voto de la mayoría, considerando 9°, primera parte). En el mismo sentido puede hoy agregarse que según lo dispone el art. 4 de la Carta Democrática Interamericana adoptada por la Asamblea General de la O.E.A. en su vigésimo octavo período extraordinario de sesiones, el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú, "[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa".

5°) Que en esa ocasión señaló igualmente que la concepción clásica de la libertad de prensa reprodujo los caracteres generales de la libertad de la época liberal y, como ellas, es negativa; la abstención gubernamental, por su sola virtud, garantiza aquélla. Seguramente, esta concepción no

se halla perimida; pero, aunque válida para los tiempos de la presse à bras, del diario caro y de los lectores bastante poco numerosos, se adapta mal a la prensa contemporánea. Ello es el producto de una evolución que ha modificado las nociones de la libertad (Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, 12va. ed., París, 1961, pág. 206).

Las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industrial, de tipo urbano, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales (Fallos: 306:1892, considerando 7°). Estas mutaciones ocurridas en el siglo pasado, han dado a la prensa una fisonomía en cierto modo antes insospechada. Los medios materiales y técnicos, las redes de información, la ampliación de la tirada, la difusión nacional y hasta internacional de algunos medios, la publicidad y propaganda, etc., han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en el que se encuentran las empresas contemporáneas. "La prensa ha seguido el movimiento que, de la empresa artesanal, ha desembocado en la sociedad capitalista" (Georges Burdeau, op. cit., pág. 206).

6°) Que, por ello, se sostuvo en el citado precedente de Fallos: 320:1191 que es clara entonces la importancia que cabe asignar a la estructura económica de la información, ya que la capacidad financiera se corresponde con el grado de independencia y eficacia de la prensa. Cuando la empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando no es así por reducción del número de lectores, disminución de la publicidad privada y reducción o falta de avisos oficiales y el incremento de los gastos fijos, la inseguridad económica afecta a la actividad periodística, la que debe optar por mantener su integridad e independencia en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno.

7°) Que una de las referidas circunstancias se plantea en el caso, como ocurrió en el de Fallos: 320:1191. Así, la actora le imputa a la demandada privarla de la publicidad oficial que sólo encausa en favor del otro diario de "tirada" local; proceder que ésta justifica en la inexistencia de normas que establezcan criterios de selección y proporcionalidad en la materia, extremo que como habrá de verse no es obstáculo para la procedencia de la demanda como parece afirmarlo el señor Procurador General.

8°) Que, en efecto, la "Declaración Hemisférica sobre Libertad de Expresión" dada en la ciudad de Chapultepec el 11 de marzo de 1994 —tras afirmar que "no hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa", que "las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público" y que "la censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa" (principio quinto)— proclama un principio de singular gravitación para el caso: "la concesión o supresión de publicidad estatal, no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas" (principio séptimo).

9°) Que persigue análoga finalidad la Convención Americana sobre Derechos Humanos —que, según dispone el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, debe entenderse complementaria de

los derechos y garantías consagrados por ésta en su primera parte, entre otros, claro está, la libertad de prensa— que en su art. 13, inc. 3º, al establecer que "no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

10) Que lo expuesto coloca al descubierto la relevancia que cabe asignar a la publicidad oficial en la vida de la prensa, las condiciones a las que debe sujetarse su difusión entre los distintos medios y los usos desviados a que puede dar lugar su distribución. En rigor, no son sino aspectos de un problema más amplio y que históricamente ha sido considerado uno de los peligros más amenazantes de la libertad de prensa: su estrangulación financiera (Jean Morange, *Les libertés publiques*, Paris, P.U.F., 1979, cap. II, 2, 4).

11) Que es procedente afirmar en autos como lo hizo el Tribunal en Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, que es un hecho notorio que los diarios, para poder hacer frente a los gastos que demanda su edición, acuden a la publicidad. Para la mayoría, ésta representa una parte importante de sus recursos pero, habiéndose convertido en su fuente de subsistencia, ha generado una situación poco favorable a la independencia de los redactores (Jean Rivero, *L'Opinion publique*, Paris, P.U.F., 1957, pág. 116). Si esto es así con relación a la publicidad proveniente del sector privado, sujeta a las reglas del libre mercado, la cuestión no es menos crítica cuando aquélla procede del ámbito estatal y está ligada a la discreción de un solo órgano.

12) Que el caso en examen se vincula —como otras formas susceptibles de ocasionar autocensura— con la necesidad de preservar el discurso de toda cortapisa.

Está fuera de discusión que no existe un derecho intrínseco a recibir recursos del Estado por publicidad. Sin embargo, cuando es el Estado quien asigna esos recursos de forma discriminatoria, se viola el derecho fundamental a la libre expresión. Y ello es así porque la publicidad estatal puede ser tan fundamental para el funcionamiento de un medio de comunicación que la negativa a asignársela tenga un impacto tan adverso que equivalga a una multa o a una "condena de cárcel" (ver en este sentido Informe Anual 2003 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión — Comisión Interamericana de Derechos Humanos— "Violaciones Indirectas de la Libertad De Expresión. Asignación discriminatoria de la publicidad oficial", ap. 12).

Si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo; si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio —la publicidad oficial ha sido considerada como imperiosamente necesaria para los medios (ver Informe Anual 2003 antes citado)—, no es aventurado sostener que unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla. Esto, claro está, no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa y el derecho del público a recibir información que en nuestro ordenamiento no admite un condicionamiento de esta especie. Se trata como se ha señalado de un hostigamiento diferente, pero con el mismo propósito que otro tipo de presiones inaceptables sobre los medios de comunicación, esto es, reprimir el pluralismo y el debate abierto sobre temas de interés para los ciudadanos (ver la Declaración conjunta de los Relatores Especiales para la Libertad de Expresión de las Naciones Unidas, la OEA y el Representante de la

Organización para la Seguridad y Cooperación de Europa para la libertad de los medios de comunicación, dada en Londres el 26 de noviembre de 1999).

13) Que como lo sostuvo esta Corte en Fallos: 320: 1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, por otra parte, mal puede afirmarse que el silencio del legislador en punto a establecer pautas para la elección de los periódicos destinatarios de la propaganda oficial, derive en una suerte de facultad ilimitada del Estado local. Frente a la existencia de dos diarios de circulación en la provincia, la demandada no ha podido entregarla exclusivamente a uno de ellos invocando un supuesto principio de eficacia o economía, mucho más si se tiene en cuenta la diferencia que resulta de la documentación agregada a estos autos. La preferencia del Estado provincial — llamada a tener decisiva influencia en un mercado bipartito— le imponía acreditar la existencia de motivos suficientes que la justificasen.

14) Que, en estas condiciones, no puede admitirse el recurso a explicaciones tales como "aspectos puramente económicos" o "las reglas de mercado y...a las leyes aplicables a los negocios...". En efecto, si —como se expuso— los poderes tributarios sean nacionales, provinciales o municipales cuando recaen, directa o indirectamente, sobre las empresas periodísticas encuentran una fuerte limitación a fin de preservar de toda amenaza la actividad que desarrollan, tratándose de la libertad de contratar y de los aspectos económicos a ésta vinculados, resulta exigible pareja restricción a fin de procurar que, no ya la percepción sino la distribución de fondos que integran el erario público, se empleen de modo compatible con la libertad de prensa.

15) Que no empece la solución del caso —de igual modo al que este Tribunal señaló en Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert—, que la actora haya fundado su pretensión más en la violación a los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional que en el 16 o, que no haya acreditado, debidamente, que la demandada al obrar como lo hace obedezca a algún propósito persecutorio. En primer lugar porque no es técnicamente necesario acudir ni invocar aquel último en tanto que todo caso de libertad de prensa posee un contenido de igualdad propio (Rodney A. Smolla, *Free speech in an open society*, New York, Alfred A. Knopf, 1992, pág. 233) o, lo que es igual, los reclamos fundados en la libertad de prensa se encuentran claramente entrelazados con los intereses tutelados por la garantía de la igualdad y autorizan, por tanto, su estudio desde la perspectiva de aquélla ("Arkansas Writers'Project, Inc.", 481 U.S. 221, pág. 227, nota 3). En segundo término, la intención ilícita no es condición sine qua non para que se configure una violación a la libertad de prensa ("Arkansas Writers'Project, Inc.", cit., pág. 228). De este modo, es irrelevante que el ánimo con que haya actuado la provincia en orden a la eventual discriminación de la actora en razón de sus ideas o posiciones críticas respecto de las autoridades locales y, por tanto, su demostración. El Poder Judicial debe examinar la actitud estatal sin tener en cuenta el motivo de esa actitud, sino atendiendo a la determinación cuidadosa del efecto global de la regulación estatal sobre el debate público (cfr. Fiss, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, pág. 15 y sgtes, especialmente pág. 38, Ed. Gedisa, Barcelona, 1999). A efectos de acordar la protección que deriva de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, es suficiente con que resulte un tratamiento desperejo y que éste no se encuentre debidamente justificado, tal como se verifica en la especie.

16) Que resta añadir —transcribiendo una vez más lo decidido en Fallos: 320:1191, disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert— que la moderna práctica constitucional ha advertido que los perjuicios y atentados a la libertad de prensa hallan orígenes diversos. Pueden desprenderse no sólo de violaciones groseras al derecho de expresar las ideas por ese medio, sino también de perturbaciones más delicadas pero no menos efectivas, como la manipulación de las materias

primas para las publicaciones, la limitación del acceso a las fuentes de información, la creación de monopolios estatales o privados en el área, el acorralamiento impositivo o, en fin, mediante el manejo discrecional en la entrega de la publicidad oficial. Cada una de éstas minan las bases sobre las que asienta la prensa, que sigue siendo condición necesaria para un gobierno libre y el medio de información más apto y eficiente para orientar y aun formar una opinión pública vigorosa, atenta a la actividad del gobierno y que actúa, en la práctica, como un medio de control de las instituciones y sus hombres y rinde un servicio de inestimable valor afianzando la salud del sistema y las instituciones republicanas. Similares argumentos sustentan la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en respaldo a la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (ver especialmente principio n°13).

17) Que no admite controversia, entonces, que aquélla debe ser preservada, con igual energía, de una y otra clase de atentados, pues es también claro que el Estado no puede lograr indirectamente aquello que le está vedado hacer directamente. En consecuencia, la negativa de la Provincia del Neuquén a otorgar al diario "Río Negro" —de circulación en la provincia— publicidad oficial, conculca la libertad de prensa amparada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, motivo por el cual corresponde ordenarle que cese en aquélla y que, las futuras publicaciones, sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones antes expuestas.

18) Que, desde luego, esta decisión no importa avanzar sobre las facultades reservadas de la provincia en orden a su gobierno (arts. 121 y 122 de la Constitución Nacional). Es por demás evidente que resultaría deseable que la propia provincia demandada regulara esta importante cuestión de un modo compatible con el respeto a la libertad de expresión en los términos en que ha sido definida en este pronunciamiento.

Por tanto, la presente demanda habrá de ser admitida, condenando a la Provincia del Neuquén a que las futuras publicaciones sean adjudicadas con un criterio compatible con las razones expuestas. No obstante, las modalidades de ejecución deberán diferir necesariamente de las usuales. En tales condiciones, corresponderá que la Provincia del Neuquén presente en el término de treinta (30) días un esquema —con el grado de elasticidad que la cuestión requiere— de distribución de publicación de su publicidad, respetuoso de los términos y principios que informan la presente decisión.

Por lo expuesto y oído el señor Procurador General, se resuelve: Hacer lugar a la demanda en los términos que resultan del considerando precedente. Con costas. — Carlos S. Fayt.

Disidencia de los doctores Petracchi y Argibay:

Considerando: 1°) Que la presente causa es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

2°) Que la Editorial Río Negro S.A., con domicilio en la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, promueve acción de amparo —en su carácter de editora del diario "Río Negro"— contra la Provincia del Neuquén, a fin de que "se le imponga el cese de la arbitraria decisión de privar a mi cliente y sus lectores de la publicidad oficial de los actos de Gobierno de esa Provincia y restituya la distribución de la publicidad oficial que se atribuía normalmente a mi mandante para su publicación en el diario Río Negro" (fs. 4).

Relata la actora que el 7 de diciembre de 2002 el diputado provincial de la Provincia del Neuquén, señor Jorge Taylor, convocó a una conferencia de prensa en un estudio jurídico ubicado en la Ciudad de Buenos Aires. Durante su transcurso denunció que el vicepresidente primero de la legislatura neuquina le había ofrecido un crédito del Instituto Autárquico de Desarrollo Productivo a cambio de que diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por el gobernador del Neuquén, Jorge Sobisch, para completar el Tribunal Superior de esa provincia. El diario "Río Negro" difundió —como lo hicieron otros medios de prensa— lo relativo a esa grave denuncia y luego se ocupó de las repercusiones del tema, recogiendo todas las manifestaciones, incluso las de los propios denunciados cuando quisieron hacerlas.

La demandante señala que, después de algunos días de silencio, el gobernador de la Provincia del Neuquén definió como estrategia atacar y desprestigiar al diario "Río Negro". Destaca que "el cese de la publicidad oficial no es más que la contraparte económica de las agresiones verbales impulsadas por altos funcionarios neuquinos" (fs. 6). Después de transcribir algunas de esas declaraciones, afirma que el gobernador neuquino "dispuso o admitió, que para el caso es lo mismo, castigar a Río Negro, privándola totalmente de la publicidad oficial" (fs. 7/7 vta.). La publicidad gráfica se dirigió entonces, exclusivamente al diario "La Mañana del Sur". Afirma que hay una notoria relación de causalidad entre la publicación de la información antes mencionada y la merma de la publicidad oficial. Agrega que es discriminatoria la afirmación de algún funcionario de la mencionada provincia, en el sentido de que, a partir de aquel momento, se destinaría el presupuesto de publicidad al diario "de" Neuquén (aludiendo a "La Mañana del Sur") y subraya que "Río Negro" es tan neuquino como cualquier empresa de esa provincia puesto que es, de hecho, el medio de prensa de mayor circulación en Neuquén.

Termina citando los principios y normas —relativos a la libertad de expresión— que resultan violados cuando la publicidad oficial se usa como "sanción" a un periódico que molesta a la administración pública.

3°) Que a fs. 121/137 se presenta la Provincia del Neuquén haciendo el informe previsto en el art. 8° de la ley 16.986 y pidiendo el rechazo de la demanda, con costas. Después de negar todos los hechos que no son reconocidos expresamente, señala que las pautas adoptadas para la publicidad contratada de los actos de gobierno o institucionales responden a reglamentaciones normativas expresas y criterios objetivos basados en el interés público, de acuerdo a la cobertura de los distintos medios periodísticos existentes.

Indica que, a partir del decreto 1415/02, se ha dado una nueva estructura orgánica al área de la comunicación, aplicando nuevas pautas (de comunicación y publicitarias) que tienden a diversos fines. Ellos son, por ejemplo, diseñar mejor los objetivos perseguidos, coordinar los mensajes de las distintas dependencias, afianzar el sentido de pertenencia a través de la implementación de un mensaje integrador recurrente, seleccionar adecuadamente los soportes comunicativos a utilizar en cada acción en base a sus características, seleccionar el medio a contratar en virtud de su alcance, segmento objetivo y costo/beneficio; en suma, lograr en la materia una más eficiente aplicación de los recursos económicos.

Reseña diversas normas provinciales y destaca que éstas exigen, como mínimo, la publicidad en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación en la provincia. Sobre esa base, desde un punto de vista netamente técnico, resulta redundante e ineficiente la multiplicidad de contratación en dicho formato, lo que no excluye que, cuando el carácter de la información y la necesidad de más amplia cobertura lo exijan, se haga publicidad en más diarios. Una vez detectada la posibilidad concreta de redistribuir los recursos financieros y volcarlos hacia acciones comunicacionales más efectivas, en soportes masivos más idóneos, se procede a seleccionar el medio gráfico a contratar a través de parámetros objetivos de valoración del costo/beneficio. La eficiencia del gasto depende —entre otros aspectos— de las tarifas aplicadas por cada empresa periodística y de la disponibilidad de descuentos o bonificaciones. Este parámetro ha sido esencial para definir las contrataciones, ya que existen diferencias apreciables en los cuadros tarifarios de los diarios regionales de mayor circulación. También se ponderó la predisposición a efectuar descuentos por volumen y la aplicación extensiva y coherente del espíritu del "compre neuquino", llevado adelante a través de convenios y decretos como el 2700/00. Aduce que la empresa accionante posee tarifas más elevadas y no suele hacer descuentos por volumen.

Se apunta la improcedencia de incluir en la demanda reclamos por la actitud comercial tomada — en el tema publicidad— por el Banco de la Provincia del Neuquén S.A., que es una sociedad anónima, y por la Lotería La Neuquina, ente autárquico. Ambos entes tienen personalidad jurídica propia y definen independientemente sus pautas publicitarias. Por otro lado, el gasto publicitario de ambos es notoriamente superior al de cualquier organismo centralizado.

Termina señalando que no existió jamás la privación total que la actora alega; que no hay ninguna prueba de la intención que aquélla atribuye al ejecutivo provincial; que la actora es vecina de otra provincia; que no ha sufrido grave perjuicio económico; que el periódico "Río Negro" carece de derecho a que se le mantengan de modo constante ciertas pautas publicitarias en algún momento aplicadas y que, por fin, en el presente caso "no se presenta una situación de rescisión o incumplimiento contractual por parte del Estado, simplemente concurre la fluctuación de las pautas de publicidad oficial" (fs. 135 vta.).

4°) Que, con posterioridad, existieron diversas presentaciones de la demandada, que acompañó constancias de contratación de publicidad en el diario "Río Negro". La actora consideró —por una parte— que esa publicidad era sensiblemente inferior a la que antes se le otorgaba y —por la otra— que eran intentos de la provincia para quitarle actualidad al reclamo concretado en la demanda. Por último, la demandada adujo (fs. 686/690 y 708/710) que la actora se negaba, a partir de un momento dado, a contratar publicidad oficial que la provincia le ofrecía.

5°) Que, abordando ya el fondo del asunto, esta Corte hace suya la doctrina expresada en la disidencia de la causa "Emisiones Platenses S.A.", Fallos: 320:1191, 1209, sentencia del 12 de junio de 1997, (disidencia de los jueces Fayt, Petracchi y Bossert). Según se consigna en el

considerando 8° de esta última, en esos autos se consideró probado que en una ciudad (La Plata) se publicaban exclusivamente dos periódicos, que la publicidad oficial de la comuna se adjudicaba, en su totalidad, sólo a uno de ellos y que la editora del otro había realizado gestiones infructuosas para que se le diera parte de aquella publicidad, sin alcanzar resultado favorable alguno.

Sobre esa base fáctica, los jueces disidentes entendieron que la negativa de la Municipalidad de La Plata a otorgar publicidad oficial a uno de los dos periódicos editados en esa ciudad, conculcaba la libertad de prensa amparada por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional (fallo cit., considerando 25). Para arribar a esa conclusión, puntualizaron que "Cuando la empresa periodística dispone de recursos financieros y técnicos, puede cumplir sin condicionamientos externos los servicios de información y de crónica. Cuando no es así, por reducción del número de lectores, disminución de la publicidad privada y reducción o falta de avisos oficiales y el incremento de los gastos fijos, la inseguridad económica afecta a la actividad periodística, la que debe optar por mantener su integridad e independencia en condiciones agónicas o someterse al condicionamiento directo o indirecto de los que tienen recursos económicos o ejercen el gobierno" (considerando 12 de la mencionada disidencia). En ese juicio se presentaba una de las señaladas circunstancias pues la publicidad oficial se encauzaba sólo a favor de uno de los dos diarios locales, a pesar de que el otro periódico tenía una venta que oscilaba en torno a los 10.000 ejemplares diarios (disidencia cit., considerandos 13 y 21).

Es necesario "preservar el discurso de toda cortapisa. Si el otorgamiento de la propaganda oficial es un arbitrio discrecional de la autoridad competente, que se concede o retira a modo de recompensa o de castigo; si ello gravita sobre la fuente preferente de financiamiento del medio, no es aventurado sostener que unos serán proclives a endulzar sus críticas al gobierno de turno para mantener la que les fue asignada y otros, para alcanzarla. Esto, claro está, no es consistente con la amplia protección de que goza la libertad de prensa en nuestro ordenamiento..." (disidencia cit., considerando 20). Antes se había recordado que uno de los peligros más amenazantes de la libertad de prensa era su estrangulación financiera (loc. cit., considerando 17).

Los allí disidentes subrayaron que "la preferencia de la comuna —llamada a tener decisiva influencia en un mercado bipartito— le imponía acreditar la existencia de motivos suficientes que la justificasen (loc. cit., considerando 21).

No es necesario probar una intención ilícita en los gobernantes que distribuyen la publicidad oficial: "es suficiente conque resulte un tratamiento desperejo y que éste no se encuentre debidamente justificado" (loc. cit., considerando 23).

En suma, que se trata de la necesidad de evitar la autocensura y, por lo tanto, no desalentar el valor de la crítica o limitar la variedad del debate público (loc. cit., considerando 19).

6°) Que la doctrina a que se alude en el considerando precedente exige, entre otros requisitos, que haya un tratamiento desperejo en materia de asignación de publicidad oficial, con relación a un determinado medio de comunicación. En segundo lugar, esa disparidad de trato debe producir efectos en la economía del aludido medio y éstos deben ser de una cierta entidad. Por fin, el actuar gubernamental debe ser injustificado.

Con respecto a cada uno de los requisitos, el onus probandi es distinto. Así, la desigualdad de trato publicitario y su impacto en la estabilidad económica de un determinado medio de prensa deben

ser probados por la parte que los invoca en su favor. En cambio, la acreditación de causas justificadoras de la conducta del Estado corre por cuenta de este último.

En tanto la parte interesada haya ofrecido razones suficientemente persuasivas de que la restricción de publicidad estatal tiene entidad para distorsionar o restringir su libertad de prensa, la medida sólo podrá ser convalidada si se ajusta de manera sustancial a los fines invocados por el gobierno como justificación.

Además, en el caso de existir —en la jurisdicción de que se trate— normas infraconstitucionales que regulen el tema, éstas serán prioritarias para el juzgamiento de la cuestión, a condición, claro está, de que sean compatibles con la Ley Fundamental.

Por último, si se ha elegido —como en el caso— la vía del amparo, la lesión, restricción, alteración o amenaza que se produzca a la libertad de expresión reconocida en la Constitución Nacional, debe presentarse "con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" (conf. art. 43 de la Constitución Nacional).

7°) Que, a la luz de estos lineamientos, cabe concluir que, aun cuando pueda entenderse probada una reducción en la publicidad oficial que la demandada contrató con el diario "Río Negro" a partir de fines de 2002, no se ha demostrado que dicha disminución fuera apta para producir un deterioro en la estructura económico-financiera de la empresa periodística.

En primer lugar, porque, según la propia actora manifiesta en su escrito inicial (fs. 7), los ingresos provenientes de la publicidad oficial del gobierno de Neuquén han representado un porcentaje que no excede el 9% de sus ventas netas de publicidad (3,77%, 4,50% y 8,98% para los años 2000, 2001 y 2002, respectivamente).

Además, la misma actora se opuso, al acusar su caducidad, a la realización de la prueba pericial contable propuesta por la parte demandada, que podría haber arrojado luz sobre la magnitud del impacto económico que la decisión gubernamental pudo tener en las finanzas de la parte actora quien, no obstante, pretende apoyar su reclamo, justamente en ese perjuicio.

8°) Que la referida incertidumbre sobre la realidad y trascendencia del perjuicio económico sufrido por la empresa quita todo poder de convicción al argumento de que la merma en las compras de publicidad oficial decidida por la Provincia del Neuquén puso en peligro la independencia del periódico o condicionó su accionar. Por el contrario, los responsables del diario "Río Negro", en varias oportunidades, subrayaron la independencia de ese medio de prensa, destacando que —a diferencia de otros— no dependía del Estado provincial pues "sus ingresos provienen fundamentalmente de sus lectores y sus anunciantes privados" (fs. 120).

Consiguientemente, no puede darse por probado el requisito de la entidad del daño.

9°) Que las consideraciones precedentes son suficientes para rechazar la acción de amparo y relevan a la provincia demandada de cumplir con la carga de ofrecer otra justificación de su decisión que la mera invocación de un interés legítimo. Es oportuno, entonces, hacer mención de las razones expuestas por el gobierno provincial en su contestación para fundar la reducción mencionada ut supra en el considerando 7°.

En primer lugar está el hecho —por todos reconocido— de que el diario "Río Negro", editado por la actora, es una publicación llevada a cabo por una editorial que tiene su sede y domicilio en la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, es decir, en una provincia distinta. Esto, sumado a que existen normativas neuquinas orientadas a promover el desarrollo de las PyMES (pequeñas y medianas empresas) que tienen domicilio real en la Provincia del Neuquén (conf., por ej., decreto 2700/00), puede justificar una orientación del flujo publicitario como la que revelan las constancias de fs. 86/87, reconocidas por ambas partes.

Por otro lado, también puede darse por acreditado —dentro de la magra prueba producida en el expediente— que existen constancias de que las tarifas del diario "La Mañana del Sur" son más económicas que las del "Río Negro" (conf. fs. 112/115) y que, además, el primero de los citados medios ofrece descuentos (por volumen de la publicidad) que no propone el segundo (conf. fs. 116/117).

Las circunstancias apuntadas resultan suficientes para justificar la conducta de la demandada —en materia de orientación de la publicidad oficial contratada— en un proceso como el amparo. En suma, no se ha acreditado la lesión constitucional que de modo manifiesto (conf. art. 43 de la Constitución Nacional) debe aparecer en juicios como el sub lite.

Por ello, oído el señor Procurador General, se rechaza la demanda, con costas en el orden causado, en atención a la naturaleza del caso y a que la actora pudo creerse con derecho a litigar como lo hacía (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). — Enrique S. Petracchi.
— Carmen M. Argibay.

Disidencia del doctor Maqueda:

Resulta: I) Que Editorial Río Negro S.A. promovió acción de amparo contra el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén a fin de que se le imponga el cese de la arbitraria decisión de privar a su parte y a los lectores de esa provincia y para que se le restituya la distribución de esa publicidad que se atribuía normalmente para su publicación en el diario Río Negro.

Sostiene la competencia originaria de esta Corte en la circunstancia de que se trata de una demanda dirigida por una persona domiciliada en la Provincia de Río Negro contra el Poder Ejecutivo de otra provincia (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

La actora afirma que el diputado provincial de la Provincia del Neuquén Jorge Taylor convocó el 7 de diciembre de 2002 a una conferencia de prensa en el estudio "Moreno Ocampo & Wortman Jofre" para denunciar que el vicepresidente primero de la legislatura neuquina le había ofrecido la suma de \$ 640.000 en un crédito del Instituto Autárquico de Desarrollo Productivo a cambio de que ese representante diera quórum para permitir el tratamiento de las ternas propuestas por Jorge Sobisch para completar el Tribunal Superior de Justicia de esa provincia con abogados de su confianza. Según afirma, dicha noticia fue difundida por la actora en el diario Río Negro lo que motivó que el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén atacara y desprestigiara al denunciante Taylor y al periódico a pesar de que dicha noticia también había sido difundida en medios de alcance nacional y regional. La demandante sostiene que el cese de la publicidad dispuesta a partir de entonces fue "la contraparte económica" de las agresiones verbales impulsadas por altos funcionarios neuquinos que se expresaron públicamente contra el periódico, entre los cuales cita al diputado del Movimiento Popular Neuquino Julio Falleti, al ministro de gobierno Oscar Gutiérrez, al concejal Federico Brollo, al presidente del Banco Provincia del Neuquén Luis Manganaro y al gobernador Jorge Sobisch.

La demandante señala que las autoridades provinciales ejercieron un manejo discrecional de los fondos del gobierno provincial destinados a publicidad en los medios de comunicación social con el exclusivo objeto de silenciar la crítica política. En tal sentido, Editorial Río Negro S.A. destaca que la publicidad oficial de la Subsecretaría General de la Gobernación —Dirección General de Medios y Comunicación— Dirección de Difusión del Gobierno del Neuquén significó una participación de \$ 369.535, \$ 368.680 y \$ 521.562 lo que representó correlativamente el 3,77%, 4,50% y 8,98% de la venta neta de publicidad del periódico para los años 2000, 2001 y 2002. Asimismo, la Lotería de la Provincia del Neuquén participó en esos mismos años con \$ 187.235, \$ 180.000 y \$ 146.132 respectivamente, mientras que el Banco de la Provincia del Neuquén aportó las sumas de \$ 199.728, \$ 74.587 y \$ 23.447 para los años mencionados.

Asimismo, destaca, que la sanción económica implementada por la demandada se habría concretado a partir del mes de enero de 2003, fecha a partir de la cual la publicidad gráfica se dirigió exclusivamente hacia el diario La Mañana del Sur con lo que se demostraría una notoria relación de causalidad entre la publicación de la investigación periodística cuestionada y la merma de la publicidad oficial. Por otro lado, la Lotería Neuquina comunicó el 30 de diciembre de 2002 su decisión de interrumpir la publicidad en el Diario Río Negro mediante una nota en la que se afirmaba que se había "puesto oportunamente en conocimiento de esta situación a la Lotería de Río Negro, con la que se comparte tanto la pauta publicitaria como los costos que la misma demanda, y a la que se propuso que ella continúe con la misma mientras que nuestra institución afronte los gastos en el diario de esta provincia".

Frente a ello, la actora manifiesta que "el 'Río Negro' es neuquino y que aun cuando el domicilio legal y la planta impresora están en la ciudad de General Roca, el 'Río Negro' es, por lejos, el diario de mayor circulación de Neuquén, vendiendo —según datos propios— el 80% de todos los diarios que se distribuyen en la provincia incluidos los nacionales".

La actora funda su derecho en un informe del Relator de la Comisión Americana de Derechos Humanos (Relatoría de Libertad de Expresión, Comunicado de Prensa 41/01, Washington, 26 de abril de 2001; en el caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC -5/85 del 13 de noviembre de 1985; la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ivcher Bronstein contra Perú del 2 de febrero del 2001 y en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

II) Que la Provincia del Neuquén comparece a fs. 121/137 con el informe previsto por el art. 8 de la ley 16.986 y niega todo hecho afirmado en la demanda no reconocido de manera expresa y sostiene que el gobernador Sobisch se presentó espontáneamente ante la justicia competente para la investigación de los hechos denunciados habiéndose dictado sobreseimiento definitivo en la causa según decisión de la Cámara en lo Criminal N°1 del Neuquén mediante fallo del 21 de abril de 2003 en la causa caratulada "Fiscalía Delitos contra la Administración Pública s/ investigación de oficio".

Respecto del planteo del amparo, la demandada argumenta que las decisiones y pautas aplicadas para la publicidad contratada responden a reglamentaciones normativas expresadas y criterios objetivos basados en el interés público. En particular, destaca que el decreto provincial 764 del 13 de marzo de 1996 —única norma mencionada en la demanda— no se encuentra vigente y que se han dictado diversos decretos desde fines de 1999 que configuran el marco aplicable a la publicidad oficial. Tales disposiciones consisten en los decretos 50/99, 71/99 y 1875/99 a través de los cuales se procedió a suspender la publicidad oficial —exceptuando a los llamados "avisos de ley"— a fin de garantizar dentro de los preceptos constitucionales la publicidad de los actos de gobierno. Ante la crisis económica ocurrida en el año 2001, la demandada afirma haber elaborado un plan comunicacional para la difusión de las actividades oficiales que quedó condensado en el decreto 1415 del 21 de agosto de 2002 por el cual se modificó la estructura orgánico-funcional de la Subsecretaría General de la cual dependen la Dirección Provincial de Coordinación Técnica y la Dirección General de Información Pública creando un ámbito específico para su análisis y desarrollo mediante la Dirección General de Medios y Comunicaciones de la cual dependen, a su vez, la Dirección de Difusión y la de Medios (decretos 1459/02 y 1482/02).

La Provincia del Neuquén sostiene que tuvo en cuenta la obligatoriedad del Estado de publicar en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación en la provincia como así también la circunstancia del reducido porcentaje de consumidores de medios gráficos que calculó en el 7% de la publicación para evitar la multiplicidad de contratación en dicho formato. A partir de tales circunstancias aduce que se procedió a seleccionar el medio gráfico a contratar mediante parámetros objetivos de valoración de costo/beneficio ponderando que los medios comparten características de alcances, distribución de ejemplares y segmento objetivo comparándolas con las tarifas oficiales publicitarias y el precio unitario del ejemplar. Agrega que también fueron ponderados tanto la predisposición a efectuar descuentos por volumen así como la aplicación extensiva y coherente del espíritu del "compre neuquino" llevado adelante a través de convenios y decretos como el 2700/00.

La demandada aduce que la empresa actora posee tarifas más elevadas que no ofreció descuento alguno por volumen mientras que la competencia había ofertado una rebaja del 25%, que las empresas editoras de los dos diarios de mayor circulación aplican a la publicidad oficial "un tarifario distinto al que rige para los particulares o empresas privadas" y que las tarifas aplicadas al Estado son superiores en un 100% a las que se cobran a otros anunciantes. Asimismo, alega que nunca existió privación total de publicidad, que el Banco de la Provincia del Neuquén S.A. es una sociedad anónima con participación estatal y la Lotería La Neuquina una sociedad autárquica, que nunca existió animosidad política, que el diario Río Negro es de manera indubitable oriundo de otra provincia y que la demanda está basada en el decreto provincial 764/96 que no se encuentra actualmente vigente.

Considerando: 11) Que de acuerdo a lo dictaminado a fs. 20 por el señor Procurador General sustituto, este juicio es de competencia originaria de la Corte Suprema (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

21) Que Editorial Río Negro S.A. —en su carácter de propietaria del diario Río Negro— deduce acción de amparo para que el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén cese su arbitraria decisión de privarla de la publicidad oficial de los actos de gobierno. Expresa que esa decisión se concretó a partir de diciembre de 2002 a raíz de ciertas noticias divulgadas por ese medio que condujeron a que cesara o se restringiera el flujo de publicidad oficial que habitualmente recibía del gobierno provincial. Reclamó que se hiciera lugar a una prohibición de innovar y solicita que se admita la acción de amparo en resguardo de las garantías constitucionales invocadas.

3º) Que con carácter previo al examen de los fundamentos y de la prueba producida en autos resulta necesario señalar que esta Corte ha sostenido que la verdadera esencia del derecho a la libertad de imprenta radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por medio de la prensa sin censura previa, esto es, sin previo control de la autoridad sobre lo que se va a decir (Fallos: 269:189 y 315:632), como también que dicha libertad tiene un sentido más amplio que la mera exclusión de esa clase de censura y la protección constitucional debe imponer un manejo especialmente cuidadoso de las normas y circunstancias relevantes para impedir la obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre y de sus funciones esenciales (Fallos: 257:308 y 311:2553).

Sin embargo, no es posible pasar por alto también que dentro de dicha perspectiva resulta fundamental considerar asimismo que es esencial para la concepción republicana que inspira a nuestra Constitución Nacional que se permita el libre despliegue de un debate robusto y amplio que autorice la libre participación de aquellos interesados en recibir y dar información. Una concepción moderna de la libertad de prensa se asienta también en la apertura de los canales de información de modo que todos los habitantes de la Nación —ciudadanos y extranjeros— puedan alcanzar el necesario acceso a las fuentes de información imprescindibles para el desarrollo de todo Estado realmente democrático.

4º) Que desde ese doble basamento es que resulta ahora necesario examinar los planteos de la actora que sostiene, en resumidos términos, que el gobierno de la Provincia del Neuquén respondió a la difusión de diversas noticias por el diario Río Negro mediante diversos actos que importaron la disminución y la posterior cesación de publicidad oficial con agravio a la libertad de prensa.

El planteo formulado en la demanda requiere el examen de cuatro aspectos no necesariamente vinculados entre sí, a saber:

a) Corresponde determinar, en primer lugar, si existe un derecho explícito o implícito de los medios de difusión —basado en la Constitución Nacional y en los tratados contemplados por el art. 75, inc. 22— para recibir publicidad oficial. En caso afirmativo también cabría precisar el modo y el alcance en el que tal obligación positiva ha sido impuesta sobre los órganos gubernamentales.

b) En segundo término, resulta necesario juzgar si la ponderación de las pautas para la distribución de la publicidad oficial es atribución exclusiva del Poder Judicial o si, por el contrario, es competencia del Poder Judicial la revisión de los criterios de exclusión de reducción o cesación de publicidad adoptados por las autoridades administrativas nacionales, provinciales o municipales.

c) En tercer lugar, debe determinarse si la concreta actividad del Estado acerca del modo en que ha sido desplegada en la causa supone la afectación de la libertad de prensa al haberse adoptado medidas indirectas de restricción o coacción sobre los medios de difusión.

d) Finalmente debe ponderarse —aun demostrada la supuesta distribución desproporcionada o asimétrica de la publicidad oficial entre los diversos medios de prensa— si existe una justificación suficiente para que los órganos gubernamentales adoptaran tal conducta en el sub examine.

5°) Que por consiguiente y ante la presente acción de amparo, el Tribunal debe considerar si existe un derecho constitucional a la subvención de publicidad por el Estado. En el supuesto de que no exista tal derecho, cabe todavía examinar si es posible que se configure un agravio indirecto a un derecho constitucional en el caso de haberse adoptado una medida que arbitrariamente restringió el flujo publicitario afectando el ejercicio de la libertad de expresión de la actora y determinar si su remedio corresponde al Poder Judicial y, en este último caso, cuáles son los requisitos de procedencia de la acción dirigida a cesar con tal actitud.

6°) Que la lectura del escrito de demanda permite inferir (ver en especial fs. 10 vta. y 12 pto. IV.2.II) que existiría, a entender de la actora, el derecho de recibir publicidad oficial como un medio indirecto de subsidiar la libertad de información propia de un sistema democrático. De todos modos, no se advierte en este caso una sólida fundamentación jurídica que permita llegar a derivar de mandatos relativamente abstractos la obligación específica de distribuir publicidad en los términos planteados en la demanda.

En efecto, el escrito de inicio sólo se refiere al art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sin mencionar los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, con lo que su planteo carece de real sustento en este sentido y debería ser desestimado ante la orfandad de argumentos que permitan hacer manifiesta la supuesta obligación de distribución de la publicidad oficial.

De todos modos resulta apropiado puntualizar que —al examinar los temas referidos— no debe prescindirse del rango particularmente elevado que la Constitución Nacional ha dado al derecho de expresar las ideas por la prensa (confr. Fallos: 311:2553 y 315:1492), lo que no obsta a que deba precisarse que el art. 32 sólo dispone un deber de abstención por parte del Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, mas no establece un derecho explícito o implícito de los medios de prensa a recibir fondos del gobierno provincial, ni se impone actividad concreta al

Poder Legislativo para promover su desarrollo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con las disposiciones que resultan del art. 75, incs. 11 y 16 de la Constitución Nacional.

Por ser ello así no es posible imputar a la Provincia del Neuquén omisión alguna que hubiese afectado o restringido con ilegalidad manifiesta los derechos y garantías constitucionales (art. 43 Constitución Nacional), toda vez que resultaba presupuesto necesario para aplicar dicha norma la demostración de la existencia de una regla que impusiera al gobierno provincial el deber de ampliar el marco de la libertad de prensa mediante la distribución de la publicidad oficial a favor de la actora en los términos requeridos en la demanda.

Es verdad que la Constitución Nacional —que ha puesto su norte en la garantía de las libertades públicas y privadas— consagró implícitamente una obligación gubernamental de proteger a los medios de prensa de aquellas acciones que afecten su normal desenvolvimiento y, en particular, de custodiar su actividad respecto de maniobras monopólicas que perjudiquen su regular funcionamiento o de actividades de competencia desleal que vayan en menoscabo de la libre propalación de las ideas mediante la prensa.

Sin embargo, la restricción estatal o privada al normal despliegue de la actividad de los órganos periodísticos —que debe ser evitada mediante una eficaz intervención jurisdiccional— consiste en una conducta distinta a la supuesta negativa a brindar propaganda por un precio en dinero. Aquélla afecta el ejercicio mismo de la libertad de expresión en cuanto impide o dificulta directamente la libertad de prensa —sea por la censura previa, por impuestos improcedentes o cualesquiera medidas que impidan la exposición de las ideas— mientras que la negativa del órgano gubernamental a aportar fondos públicos, en la forma requerida por la recurrente, sólo se enfrenta con la habilidad del empresario de prensa en el ámbito privado, lo cual se encuentra dentro del riesgo propio de ese negocio.

En este sentido resultan particularmente relevantes las consideraciones de la actora respecto a la pequeña incidencia que tiene la publicidad oficial del gobierno de la Provincia del Neuquén —calculada en 3,77%, el 4,50% y 8,98% de la venta neta de publicidad para los años 2000, 2001 y 2002 respectivamente según resulta de fs. 7—, en términos que denotan claramente que la tarea periodística —al menos en este caso— supone el desarrollo de una actividad comercial lícita que encuentra normalmente su financiamiento en fuentes ajenas a la disposición de los fondos públicos. En este orden de ideas corresponde también considerar que es la misma actora la que reseña su actividad en al menos dos provincias —Neuquén y Río Negro—, su planta de empleados en diversas ciudades, la amplitud de sus medios de distribución y su aporte a la economía regional.

No se trata, por consiguiente, de un medio de difusión de minorías excluidas o de sectores de escasos recursos que requieran la asistencia estatal para promover la difusión de sus ideas —supuesto que no necesariamente consagraría el derecho invocado en la demanda— sino precisamente de una organización comercial que desarrolla sus actividades como sociedad anónima y que busca, en definitiva, subsidiar el desarrollo de sus actividades mediante la publicidad oficial exigida en términos perentorios en la demanda.

Tales distinciones resultan prioritarias para la dilucidación del presente caso ya que la intervención jurisdiccional es necesaria para proteger y neutralizar los agravios a una garantía superior especialmente protegida, mientras que dichas habilidades del empresario de prensa son parte de una ocupación privada —en el caso con fines de lucro de acuerdo al encuadramiento societario en

el derecho mercantil (conf. art. 1 de la ley 19.550)— y destinada a la satisfacción de las necesidades propias y ajenas de expresión de las ideas en el marco de una sociedad abierta y en un mercado competitivo.

La denegación eventual de fondos públicos en estos casos tampoco afecta el derecho a la información —desde una perspectiva estrictamente liberal— porque "si alguien no se encuentra satisfecho porque el periódico local no esta imprimiendo sus puntos de vista, puede publicar sus panfletos, carteles o folletos —todos ellos sin requerir licencia gubernamental y abriendo sus canales de comunicación a otros de perspectivas opuestas—. Por otra parte, si un periódico es suficientemente insensible a las necesidades de sus lectores, el sistema económico desarrollara competidores que lo sean" (Nowak, Rotunda y Young, *Constitutional Law*, 2da ed., St. Paul, West Publishing, 1983, pág. 903).

La admisión del derecho a recibir publicidad del Estado convertiría a la empresa periodística —por el solo hecho de serlo y sin consideración a otras posibles justificaciones alternativas— en una categoría privilegiada respecto de otras industrias, con violación a lo dispuesto por el art. 16 de la Constitución Nacional, pues la relevante posición en que se encuentra la libertad de prensa dentro del sistema constitucional argentino no se traduce en una garantía absoluta, por sobre las que resguardan todos los otros derechos tutelados, y exenta de todo control jurisdiccional.

Por otro lado, no se advierte que los tratados incorporados por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional reconozcan ese derecho como derivado del derecho esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Tanto es así, por otra parte, que como se indica a fs. 13, y bien señala el señor Procurador General en su dictamen, asimismo, el art. 13 incs. 1 y 3 de dicha Convención contemplan la protección de la libertad de expresión pero en modo alguno imponen esta obligación de subvencionar a la prensa que tampoco surge de fallo alguno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo tanto, no se advierte en el caso que exista fundamento constitucional para tal pretensión formulada bajo la vía de la acción de amparo. Ello sin perjuicio, por supuesto, de la facultad del Poder Legislativo de elaborar, en el futuro, un marco normativo apropiado para la distribución de los fondos gubernamentales destinados a publicidad. En tal sentido, la existencia de fondos públicos disponibles para la propaganda oficial requiere, en principio, de reglas legales que establezcan con carácter previo la forma en que se asignarán tales recursos. Estas pautas deben ser establecidas necesariamente por el órgano legislativo de acuerdo a las consideraciones de mérito, oportunidad y conveniencia de orden político que establezcan los representantes de la voluntad popular para el cumplimiento de los fines específicos que se consideren admisibles en cada caso por la autoridad administrativa.

Esas pautas se sostienen habitualmente —como resulta del derecho comparado— en lo que podría denominarse criterios positivos de asignación de recursos destinados a la publicidad oficial, ya que corresponde a la legislación elegir, determinar y ponderar los fines de conveniencia política, social y económica que entienda adecuado al órgano legislativo.

En la elaboración de tales normas se puede constatar la elección de ciertas pautas objetivas tales como el costo de las tarifas, el ámbito de distribución del diario, el número de ejemplares distribuidos, el número de eventuales lectores, los sectores hacia los que van dirigidos los medios, el lenguaje en que son emitidos los mensajes, la eventual distribución de publicidad hacia medios

que no reciben ingresos del mercado y la ponderación de los efectos que la asignación de la publicidad oficial puede tener en diversos sectores.

7°) Que, a la fecha en el sistema argentino no existe en la norma fundamental texto alguno que permita inferir un derecho constitucional a la distribución de publicidad oficial. Tampoco existe actualmente una norma de jerarquía infraconstitucional que regule la práctica de la distribución de publicidad oficial —como bien escaso— sobre la base de principios, criterios, mecanismos y procedimientos que incluyan evaluaciones discrecionales y no discrecionales (Jon Elster, *Justicia Local*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1994, págs. 27, 77 y 83).

Tal como se señala en el dictamen del señor Procurador General la existencia de normas generales en la materia —circunstancia que no se da en el caso— traducirían criterios propios del ámbito del Poder Legislativo surtidos por los principios de representación de la voluntad popular, de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (conf. art. 33 de la Constitución Nacional).

8°) Que, por ello corresponde verificar —desde un plano distinto— si ha mediado una presión indirecta, con el objetivo de afectar el ejercicio de la libertad de expresión de la actora, mediante una restricción en la difusión de publicidad oficial por parte de la Provincia del Neuquén. El Tribunal debe ponderar si la alegada restricción del flujo de publicidad supone un agravio indirecto a los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional, en el ámbito de las relaciones de distribución comercial de publicidad que mantenían las partes a raíz de la divulgación de noticias que habrían afectado al gobierno neuquino desde diciembre de 2002.

La demandante pretende demostrar que la actividad desarrollada por la demandada implicó una suerte de venganza o represalia por el modo en que realizó su tarea periodística respecto a informaciones relativas a una supuesta maniobra vinculada al procedimiento de integración del Superior Tribunal de esa provincia que se publicaron en ese medio en diciembre de 2002 y que provocaron la disminución de la publicidad oficial a partir de esa fecha motivada en la difusión de aquella noticia.

9°) Que, en consecuencia, existen otros aspectos que deben ser estudiados en el planteo de la demanda ya que la actora ha invocado el agravio a derechos fundamentales cuya tutela, desde los casos *Siri y Kot* (Fallos: 239:459 y 241:291), esta Corte considera que deben ser objeto de debido resguardo mediante las acciones apropiadas que, en esos casos, permitieron la elaboración pretoriana de la acción de amparo.

La necesidad de un remedio accesible para la tutela de los derechos constitucionales originó la sanción de la ley 16.986 y, posteriormente, la incorporación de la acción de amparo por el art. 43 de la Reforma Constitucional de 1994, de modo que no es posible admitir que el agravio a un derecho constitucional básico —como es el ataque a la libertad de prensa— no reciba protección hasta que el Poder Legislativo entienda oportuno la elaboración y sanción de las normas pertinentes. Una parte primordial de la historia de la Constitución es "el relato (story) de la extensión de los derechos constitucionales y de las protecciones a gente alguna vez ignorada o excluida" (*United States v. Virginia*, 518 U.S. 515, 557; 1996). La negativa a la concesión de —precisamente el remedio por excelencia elaborado en nuestro país por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos citados y recibidos posteriormente por vía legislativa y constitucional— supondría convertir en inútil a un derecho que el Tribunal ha consagrado,

precisamente, como fundamental. Advértase que no se trata aquí de reconocer un derecho que no está incorporado a la Constitución Nacional, el derecho a recibir subvenciones gubernamentales como recaudo básico para el ejercicio del derecho a la libertad de prensa. Se trata, en realidad, de considerar si existen criterios judiciales elementales para determinar si la conducta gubernamental en el caso ha sido dirigida a limitar —mediante una vía indirecta— el ejercicio de la libertad de expresión por la empresa periodística demandada.

Tal postura es también la que resulta de lo establecido por la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobada en el 108 período ordinario de sesiones de octubre de 2000 que en su principio 13 establece que "la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales ... con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales debe estar expresamente prohibida por ley".

En este orden de ideas la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado que existen medios indirectos que usan los gobiernos para restringir la libertad de expresión de medios periodísticos que pueden considerarse violatorios de los arts. 13.1 y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que ello puede ser remediado mediante una decisión que permita la recuperación del uso y el goce del medio respectivo por el titular —a quien se le había quitado la nacionalidad— para el libre ejercicio de aquel derecho (Caso Ivcher Bronstein del 6 de febrero de 2001, n°162 y 164 y 191, n° 8 - Serie C N° 74).

Es posible advertir que se han dictado algunos pronunciamientos en derecho comparado que respaldan las pretensiones de quienes se han considerado agraviados por la disminución o cesación de la recepción de subvenciones gubernamentales a raíz del ejercicio de la libertad de expresión. En efecto, la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos en el caso *El Día, Inc.; et al v. Rosello* (165 F. 3d 106, 1999) estableció mediante sentencia del 25 de enero de 1999 que "el derecho claramente establecido prohíbe al gobierno condicionar la revocación de beneficios sobre una base que infringe intereses constitucionalmente protegidos ver *Perry v. Sindermann*, 408 U.S. 593, 597 (1972), y concluir su relación con una contratista independiente como *El Día*, en represalia por ejercer sus derechos de la Primera Enmienda, ver *Borrad of Country Comm'rs v. Umbehr*, 518 U.S. 668, 685 (1996), *Néstor Colon Medina & Sucesores, Inc. v. Custodio*, 954 F. 2d 32., 40-41 (Primer Circuito 1992) ... De hecho, en las palabras de la Corte Suprema en *Anderson*, 483 U.S. en 640, 'la misma acción en cuestión ha sido previamente considerada como ilegal' Ver, por ejemplo, *North Mississippi Communications, Inc. v. Jones*, 792 F. 2d 1330, 1337 (Quinto Circuito 1986), (la retirada del gobierno de avisos de un diario en represalia por noticias y editoriales críticas viola la Primera Enmienda). *Frissell v. Rizzo*, 597 F. 2d. 840, 845 (3d Cir. 1979) (dicta), ver también *Umbehr*, 518. U.S. en 673 (citando con aprobación *North Mississippi Communications*)".

Estas consideraciones aisladas dan alguna justificación al planteo de la recurrente ya que —tal como en este caso— los planteos allí formulados se sostenían en la violación de un derecho constitucional invocado por las demandas y no se fundan en el incumplimiento de los contratos existentes con referencia al derecho común. Los fallos citados ponen en evidencia que es posible elaborar ciertos estándares judiciales para ponderar la conducta del gobierno cuando adopta conductas que quiebran una relación contractual para afectar medianamente el ejercicio de la libertad de prensa.

Ante la relevante posición que confiere la Constitución Nacional a la libertad de prensa resulta conveniente examinar si resulta posible elaborar algún criterio válido que permita superar los óbices que enfrenta este reclamo basado en un derecho constitucional por parte de un medio de prensa que se considera arbitrariamente excluido de una pauta publicitaria oficial previa por el ejercicio de la función de informar sobre una materia de interés público.

Desde esta perspectiva, en el caso concreto se someten a debate algunos criterios negativos de exclusión de la publicidad por parte del gobierno de la Provincia del Neuquén con fundamento en razones que, según lo entiende la demandada, resultan insostenibles y violatorios de derecho a la libertad de prensa. En otros términos, mientras que la ponderación acerca de las pautas posibles para la atribución positiva de recursos requiere de la sanción de las normas generales previas a la distribución de publicidad, ya que no existe norma constitucional que reconozca tal derecho, distinto es el supuesto cuando se advierte que el órgano gubernamental pudo haber dispuesto como represalia la arbitraria cesación de publicidad mediante criterios negativos de exclusión de un medio, en especial como eventual beneficiario de la respectiva pauta publicitaria que se venía cumpliendo con anterioridad.

Ello no supone, desde luego, limitar las facultades del Estado para distribuir sus recursos públicos con destino a la publicidad oficial sino considerar si ha existido una actividad concreta, que bajo la apariencia de las limitaciones presupuestarias, tiene el objetivo de adoptar medidas de represalia respecto de un medio de prensa por haber desarrollado una conducta que el órgano estatal considera inconveniente.

Deben distinguirse en estos casos las acciones estatales reguladoras y las distribuidoras: en el contexto de estas últimas es inevitable un cierto grado de efecto silenciador que surge de la escasez de recursos (Owen M. Fiss, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, ED. Gedisa 1999, pág. 52). El establecimiento de un programa de subvenciones puede no ser obligatorio pero puede ser algo más que meramente lícito o admisible (permisible). Puede estar constitucionalmente favorecido —una categoría intermedia entre lo permitido y lo obligatorio— y en virtud de este estatus merecer el mismo tipo y grado de escrutinio judicial que se aplica a las regulaciones estatales (*The Irony of Free Speech*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 30ed., 1998, pág. 38 y de la edición en castellano). El escrutinio judicial —ante la ausencia de una atribución directa de publicidad a los medios privados en la Constitución Nacional— debe quedar reservado a la protección de los medios de difusión ante las medidas que encubran una voluntad de afectar indirectamente a la libertad de prensa.

El tema que se plantea no consiste en analizar si el gobierno tiene o no el derecho de decidir dónde publicar sino, más bien, si el gobierno ha violado los derechos a la libertad de imprenta tutelados por los arts. 14 y 32 en razón del modo en que ejerció tal decisión. Más específicamente, la pregunta es si el gobierno violó aquellos derechos cuando decidió acotar o modificar una relación comercial preexistente con un diario en respuesta a una cobertura de noticias poco favorable (Alberto Bernabé-Riefkohl, *Government Advertising Placement and the First Amendment: Freedom of the Press Should Outweigh the Rights of the Government as Contractor*, 22 *Communications and the Law* 1, 3 [2000]).

La ponderación de estas cuestiones no se refiere a las características del medio o del contenido de la información gubernamental para cumplir fines eficientes en el acceso al público en general o a ciertos sectores en particular. El punto consiste, más bien, en considerar que, a raíz del contenido concreto de la expresión, el poder administrador ha decidido disminuir o cesar la publicidad oficial

como instrumento para silenciar o para restringir las voces en el ámbito del debate público. Es necesario, pues, determinar si en el caso se ha verificado una lesión a los derechos tutelados por los arts. 14, 32 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional mediante una acción indirecta del gobierno de turno que pretende sofocar o restringir la difusión de expresiones o noticias que se expresan a través de un medio de prensa.

Una vez demostrada la restricción en la distribución de publicidad oficial por parte de la actora podría eventualmente llegar a considerarse una afectación legítima al ejercicio de la libertad de expresión, en tanto esa conducta tendría por objetivo una voluntad de silenciamiento de un medio opositor.

10) Que es cierto —como quedó dicho— que no se advierte una afectación al derecho tutelado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional por no recibir publicidad, pero también debe tenerse en cuenta que la abrupta interrupción o disminución en la distribución de publicidad por los dichos emanados de un medio periodístico podría suponer una restricción de esos derechos para el medio periodístico, destinado a amordazar una voz discordante con el gobierno de turno.

De acuerdo a las pautas ya citadas, el Tribunal estima que en estos casos deberían demostrarse:

- a. La reducción o la cesación de la publicidad oficial en el medio actor que ponga en evidencia un tratamiento desperejo en la materia y afecte la economía del medio.
- b. La relación de causalidad entre la difusión de la noticia y el acto estatal;
- c. La intencionalidad de los funcionarios gubernamentales para usar instrumentalmente la distribución de publicidad oficial; y
- d. La ausencia de una justificación suficiente e independiente para haber motivado la cesación o reducción.

La prueba producida por los actores no resulta concluyente respecto a la reducción del flujo publicitario de avisos oficiales. Baste señalar que el ofrecimiento de prueba del escrito de inicio sólo consistió en prueba documental, informativa y la declaración de un testigo. De todos modos, es posible advertir del cuadro de fs. 86/87 (ver también lo expresado al respecto por el señor Procurador General) que ha existido, en términos comparativos, una reducción del flujo publicitario que venía recibiendo el diario demandado en los años 2000, 2001 y 2002 en relación con los avisos recibidos en el año 2003.

Asimismo, podría advertirse una cierta conexión entre la noticia difundida de diciembre de 2002 — sobre la que gira el planteo de la demanda— y la reducción y posterior cesación de publicidad oficial. Esta disminución se hace más clara todavía si se tiene en cuenta correlativamente que los medios estatales de distribución de publicidad oficial incrementaron su publicidad en el medio La Mañana del Sur. En concreto, se ha puesto en evidencia que ha existido cierta disminución en la cuantía de la publicidad correspondiente a los años siguientes a la crisis que originó la declaración de emergencia económica mediante la ley 25.561 (ver especialmente cuadro de fs. 86/87) y ello es también reconocido al agregar dicha constancia y según lo que resulta también de sus manifestaciones de fs. 126 vta. y 135 vta., razones por las cuales debe tenerse como un hecho

probado en la causa al haber agregado dicha prueba documental en los términos del art. 333 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Sin embargo, las probanzas relevantes de la actora concluyen aquí. En efecto, sólo ha producido prueba testifical de fs. 447/450 que emana de un empleado de la demandante cuyos ingresos también dependen indirectamente de ingreso de publicidad emanada de los fondos públicos de la demandada. Sin embargo, resulta extraño —examinando el tema a la luz de la sana crítica (art. 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)— que la actora no haya siquiera ofrecido prueba testifical adicional relativa al tema. La demandada había ofrecido prueba pericial contable para demostrar los porcentajes anuales de participación sobre la venta neta de publicidad entre los años 2000 y 2002 (ver fs. 136 vta., punto c), pero fue declarada negligente en la producción de tal probanza mediante la resolución de fs. 600/601.

De todos modos la única declaración testifical producida en la causa sólo permitiría concluir que pudieron haberse presentado algunos conflictos entre ambas partes a raíz de factores no suficientemente elucidados y que no decidieron la suerte consecuente de la distribución de la publicidad ya que la demanda continuó publicando avisos en el diario de la actora (ver las denuncias de hechos nuevos de fs. 331 y 444).

Por otra parte, el carácter intencional de la modificación del flujo de publicidad proveniente de fondos públicos requiere algo más que la demostración de una serie de controversias y discusiones entre la demandada y los funcionarios gubernamentales que son propias de una sociedad abierta y democrática. Se requiere —ante la inexistencia de norma alguna— que el Poder Judicial pueda verificar que la decisión administrativa se fundó en una motivación arbitraria destinada a coartar el ejercicio de la libertad de expresión por parte de la empresa periodística.

Una prohibición que afecta diferencialmente a distintas personas no es razón para condenarla como una actitud no neutral del Estado —en el caso la negativa del Estado a darle el mismo cupo de publicidad a la actora— siempre que haya instituido o continúe siendo respaldada por razones que la justifican y no para proporcionar beneficios adicionales. De acuerdo con este principio sería condenable el procedimiento de la Provincia del Neuquén —esto es como no neutral y discriminatorio— sólo si no hubiera ninguna justificación independiente para las reglas y prohibiciones aplicadas en la discriminación de los fondos públicos (Robert Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, México, F.C.E., 1988, pág. 264).

Es verdad que conceptos tales como justificaciones independientes o suficientes para admitir la disímil postura del Estado local respecto a la distribución de la publicidad oficial, son nociones que pueden abarcar un amplio tipo de situaciones, y por eso mismo no son dignas de confianza (ver al respecto Isaiah Berlin, *La igualdad*, en *Conceptos y categorías*, Madrid, F.C.E., 1992, págs. 149 y sgtes.) Empero, es posible advertir —al mismo tiempo— que tales nociones se encuentran evidenciadas con detalles concretos que surgen tanto del escrito de demanda como de su responde y que resaltan una justificación suficiente e independiente del Estado provincial para distribuir la publicidad oficial en los términos señalados ante la inexistencia de criterios de atribución positiva de distribución de publicidad basados en una ley previa.

La justificación es independiente en el caso ya que no se deriva de la motivación de represalia alegada por la actora sino que se sustenta en normas generales previas al origen de la controversia que dan sustento a esta decisión política. Asimismo, la justificación resulta suficiente

toda vez que la decisión eminentemente política de disponer la distribución de los recursos provinciales para beneficiar a medios locales no resulta arbitraria o irrazonable a la luz del criterio establecido por el art. 43 de la Constitución Nacional.

En efecto, la demandada ha insistido en que su distribución oficial de publicidad se sustentó en el concepto de "compre neuquino" (conf. decreto 2700 del 14 de diciembre de 2000) y que ha sido uno de los fundamentos para privilegiar la asignación de publicidad oficial al diario neuquino (ver fs. 126). En los considerandos de tal norma se señaló que es misión del Estado estimular la creación, crecimiento y sostenimiento de una oferta de bienes y servicios solvente y suficiente originada en la iniciativa de productores, industriales, profesionales y comerciantes de todos los rubros radicados en la Provincia del Neuquén y que es obligación ineludible del Poder Ejecutivo provincial propiciar políticas y adoptar medidas a su alcance, conducentes a conservar las fuentes de trabajo locales existentes.

Asimismo, el decreto dispuso establecer un régimen de promoción de las actividades productivas comerciales e industriales en la Provincia del Neuquén bajo la denominación de "Programa de Apoyo a la Actividad de las Pymes Neuquinas" a cuyo fin considera como productores, contratistas, profesionales y técnicos neuquinos a los que tengan domicilio real en la Provincia del Neuquén. Entre otras medidas se estableció en el art. 8 de ese decreto un régimen por el cual se privilegian las cotizaciones de empresas, profesionales y técnicos neuquinos que ofrezcan precios con una diferencia que no supere en un 5% a la propuesta de menor monto, cuando esa sea de un oferente no neuquino. Tal fundamento tiene especial importancia en el caso toda vez que no se ha presentado un acto u omisión de autoridad pública, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

La modificación del criterio de distribución de la publicidad oficial por parte de la demandada se ha sustentado en una razón independiente y suficiente —el carácter local de los medios a los que se distribuye actualmente la información— que resulta motivación bastante para justificar la conducta del gobierno de la Provincia del Neuquén. En tales términos, la aparente relación de causalidad entre la noticia con la disminución de publicidad en el diario Río Negro y la aparente voluntad de algunos integrantes del gobierno de la demandada no basta para considerar que en el caso se haya configurado una represalia dirigida a silenciar una de las múltiples voces existentes en el ámbito de la información tutelada por el derecho a la libertad de prensa.

En conclusión, la actora carece de un derecho implícito o explícito basado en la Constitución Nacional a recibir la distribución de publicidad oficial, lo que no obsta a admitir la revisión judicial frente a las decisiones administrativas adoptadas en casos de exclusión negativa de publicidad oficial, cuya arbitrariedad ha sido invocada, mediante el remedio del amparo. Sin embargo para la procedencia de este tipo de acción los actores deben demostrar la cesación o reducción de publicidad del medio respectivo de manera discriminatoria y con impacto económico, que exista una relación de causalidad adecuada entre tal acto gubernamental y la medida de represalia supuestamente adoptada, que exista una motivación clara por parte de la demandada en la cesación del flujo de publicidad sustentada en ese acto y, finalmente, que no pueda hallarse una razón independiente y suficiente en el acto u omisión de la autoridad gubernamental que permita concluir que se halla debidamente fundamentada su actitud. La no acreditación de tales extremos permite concluir que la conducta de la demandada al disponer la modificación en la distribución de

publicidad oficial tiene justificación suficiente y, en consecuencia, no se configuran los requisitos que habilitan la acción intentada.

Por ello, y oído el señor Procurador General, se decide: Rechazar la demanda. Con costas en el orden causado toda vez que la actora pudo creerse con derecho a actuar como lo hizo (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). — Juan C. Maqueda.

ARGENTINA- Sentencia 5

Corte Suprema de Justicia de la Nación Editorial Perfil S.A. y otro c. E.N. —Jefatura Gabinete de Ministros—

02/03/2011

Fallos, 334:109

Buenos Aires, marzo 2 de 2011.

Vistos los autos: "Editorial Perfil S.A. y otro c/ E.N. -Jefatura Gabinete de Ministros- SMC s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

1°) Que las empresas "Editorial Perfil S.A" y "Diario Perfil S.A." promovieron acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional —Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros— con el objeto que se ordene a esa autoridad el cese inmediato de la política discriminatoria que se lleva a cabo contra la demandante, consistente en excluir de la pauta publicitaria oficial a las revistas "Noticias" y "Fortuna" —editadas por la primera de las empresas mencionadas— y al diario "Perfil", editado por la segunda. Además, solicitaron que se declare la ilegitimidad manifiesta y antijurídica de la conducta del Estado demandado, configurada por el abuso de la facultad discrecional del Poder Ejecutivo de la Nación en el manejo de los fondos públicos destinados a la contratación de publicidad oficial para, de esa manera, censurar indirectamente a la revista "Noticias" y al diario "Perfil". Finalmente, peticionaron que se ordene —dentro del ámbito de la administración pública nacional— el cese de toda persecución o exclusión de la información de que eran objeto los periodistas y fotógrafos de esas publicaciones (fs. 2/24).

Denunciaron la existencia de una conducta del Poder Ejecutivo Nacional, ejecutada a través de la Secretaría de Medios de Comunicación, proveniente de una agenda política "no explicitada" que por su continuidad, persistencia y abierta diferenciación con otros medios de comunicación, se exteriorizaba como una manifestación deliberada tendiente a someter a la libertad de prensa y a los medios periodísticos mediante una gestión poco transparente y arbitraria. Precisarón que el gobierno nacional pretendía claramente utilizar la publicidad oficial como un "subsidio encubierto", a fin de premiar o castigar las posturas más complacientes o más críticas sin una justificación técnica clara y que, por lo tanto, incurría en discriminación ideológica.

Puntualizaron que en ejecución de esa política el gobierno nacional, de modo arbitrario y discriminatorio, ha excluido de la pauta publicitaria a todas las publicaciones de propiedad de las empresas actoras. Señalaron que esa conducta contrasta con el significativo incremento en materia de asignación de publicidad oficial a otros medios de comunicación de análogas características y constituye una muestra clara y concluyente de que existe una decisión política de estrangular económicamente al "Diario Perfil" y a la revista "Noticias", como un modo de sancionar a las reclamantes por su línea editorial independiente e, indirectamente, de restringir la libertad de expresión.

Fundaron su pretensión en los artículos 14, 16, 17, 19, 28, 29, 31, 32, 43 y 75 de la Constitución Nacional, en los artículos 1, 13 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos 2, 3, 19 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2°) Que a fs. 132/151 el Estado Nacional presentó el informe del artículo 8° de la ley 16.986 y solicitó el rechazo de la demanda.

En primer término, desconoció que se estuviera en presencia de una cuestión justiciable, y que — en todo caso— la vía del amparo resultare apropiada para ventilar una reclamación como la promovida por la demandante.

Por otro lado, cuestionó que la rama judicial pueda interferir en el ejercicio de una atribución de naturaleza discrecional que ha sido puesta en manos del poder administrador, frente a la ausencia de normas que establezcan criterios concretos para la distribución de la publicidad oficial a la cual debiera ajustarse el Estado Nacional.

Dentro de ese marco, afirmó que el Poder Ejecutivo Nacional distribuye la publicidad oficial sobre la base de criterios discrecionales que en modo alguno resultan irrazonables, ya que se orientan a difundir los actos de gobierno e informar a la mayor cantidad de ciudadanos a través de distintos medios nacionales masivos, teniendo en cuenta —entre otros aspectos— el público consumidor de cada uno de ellos, su periodicidad y los objetivos del mensaje publicitario.

Señaló que admitir la posibilidad de revisar judicialmente esos criterios que son de resorte exclusivo del poder administrador, importaría una clara intromisión del Poder Judicial en la esfera de las atribuciones asignadas al departamento ejecutivo, máxime frente a la ausencia de toda demostración de que se estuviera en presencia de una "ilegitimidad manifiesta".

En cuanto al núcleo del conflicto, puso énfasis en precisar que el primer punto sobre el que debía discutirse era si las empresas demandantes tenían derecho a recibir una determinada cantidad de publicidad oficial, circunstancia que negó. Añadió que el hecho de que las actoras carecieran de esa publicidad no podía tomarse como un signo inequívoco de discriminación que autorizara a admitir la vía intentada, pues la razonabilidad en el ejercicio de facultades discrecionales propias del poder administrador debía ser juzgada no desde el punto de vista de un actor social, sino del conjunto de la sociedad. En este orden de ideas, sostuvo que correspondía a los peticionarios acreditar que las facultades discrecionales habían sido ejercidas con arbitrariedad y en desmedro de las garantías constitucionales y de los tratados internacionales invocados por aquéllas.

Por último sostuvo que, en rigor, las actoras pretendían tener derecho a una subvención tácita y que esa conducta implicaba sustituir el riesgo empresario y transferirlo al Estado en aras de la libertad de prensa. Concluyó reiterando los argumentos del pronunciamiento de esta Corte en "Emisiones Platenses S.A." (Fallos: 320:1191) y el dictamen del Procurador General de la Nación en la causa "Editorial Río Negro S.A." (Fallos: 330:3908), que habían abordado en línea con la postura propiciada la cuestión concerniente a la afectación de la libertad de expresión por parte del Estado como consecuencia de la distribución de la publicidad oficial.

3°) Que la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al entender en el recurso de apelación interpuesto por las actoras, revocó el fallo de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Estado Nacional "...que en el término de quince días disponga la distribución de publicidad oficial en las distintas publicaciones de la editorial amparista, respetando un equilibrio razonable con aquéllas de análogas características" (fs. 362/365).

Para decidir así, el tribunal a quo fundó su pronunciamiento —en lo sustancial— en la doctrina sentada por esta Corte en el caso "Editorial Río Negro S.A." (Fallos: 330:3908) y en la interpretación dada por este Tribunal al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Ley Fundamental.

Tras señalar la sobreabundancia de la prueba producida en la medida en que el hecho invocado por las peticionarias, consistente en la negativa del Estado a realizar publicidad oficial con las actoras, había sido reconocido expresamente en la causa por el demandado, puntualizó que la cuestión controversial no era la razonabilidad en la contratación de la publicidad oficial, sino si resultaba justificado a la luz de los principios constitucionales en juego la exclusión misma de determinados medios de prensa de esa contratación. En este orden de ideas, concluyó —con cita del precedente aludido— que el Estado Nacional tenía sobre sí la carga de probar la existencia de motivos suficientes que justificaran ese modo de proceder en la contratación de la publicidad oficial, deber que no fue satisfecho por la emplazada.

Por otro lado, señaló que era indiferente la circunstancia de que las empresas actoras no dependieran para su subsistencia de los aportes que realizara el Estado en materia de publicidad oficial, pues lo que se examinaba en el sub lite era si existía una conducta discriminatoria por parte del Poder Ejecutivo con el único objeto ostensible de castigar a publicaciones no afectas al gobierno de turno. Agregó que si se exigiera que el Estado solventara aquellas publicaciones deficitarias, se estaría violando con mayor intensidad la libertad de expresión, en tanto le quitaría a la prensa la credibilidad necesaria respecto de la veracidad de lo que informa, pues con ello se avalaría la creación de una prensa deficitaria cuya subsistencia dependería de su apoyo a las medidas circunstanciales del gobierno de turno. Resolvió que, de esa manera, se socavarían las bases mismas de la prensa libre y, con ello, de la libertad de expresión, fundamento del sistema republicano.

En el mismo orden de ideas y con cita del precedente aludido, añadió que no resultaba necesario demostrar la asfixia económica o quiebre del diario, pues la afectación económica debía examinarse no sólo en relación a la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta en tanto muchos lectores —ante la ausencia de información sobre los actos de gobierno en un determinado medio de comunicación— se verían obligados a informarse por otros medios acerca de la gestión pública.

4°) Que contra ese pronunciamiento el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 374/393 que fue concedido por el tribunal a quo en cuanto entendió que en la cuestión se hallaba controvertida la interpretación del artículo 99, inciso 1° de la Constitución Nacional. En cambio, rechazó el remedio federal en lo referente a la tacha de arbitrariedad y a la invocada presencia de un supuesto de gravedad institucional (fs. 409/409 vta.), denegación que dio lugar a la interposición por la demandada de la queja que tramita agregada por cuerda bajo el registro E.84.XLV.

5°) Que el recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible y ha sido bien concedido en tanto la controversia planteada en el sub lite se funda directa y exclusivamente en los artículos 14, 16 y 32 de la Constitución Nacional, y en los artículos 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a la Ley Superior en los términos establecidos por el artículo 75, inciso 22.

6°) Que los antecedentes relacionados dan lugar a cuestiones que son sustancialmente análogas a las examinadas y decididas por esta Corte en la causa "Editorial Río Negro S.A." (Fallos: 330:3908), a cuyas consideraciones y conclusión corresponde remitirse por razones de brevedad.

7°) Que sobre la base del alcance con que ha sido habilitada la jurisdicción extraordinaria de este Tribunal, de la comprensión asignada a las cláusulas constitucionales puestas en cuestión y al modo en que se resuelve, es inconducente pronunciarse sobre los planteos introducidos en el recurso de hecho que, por ende, deben desestimarse. Ello es así, pues los agravios atinentes a la arbitrariedad que se postula carecen de relación directa con la solución del caso, y la definición sobre si se está en presencia de un supuesto de gravedad institucional es estéril al concurrir —en los términos señalados— todos los requisitos de admisibilidad de la instancia del artículo 14 de la ley 48.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: 1. Declarar formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado y confirmar la sentencia apelada de fs. 362/365. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 2. Desestimar el recurso de hecho E.84.XLV. Intímese al Estado Nacional —Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros— para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómese nota por Mesa de Entradas, agréguese copia del presente y archívese, previa devolución de los autos principales. Notifíquese. —Ricardo Luis Lorenzetti. —Elena I. Highton de Nolasco. —Carlos S. Fayt. —Enrique Santiago Petracchi (según su voto). —Juan Carlos Maqueda (según su voto). —E. Raúl Zaffaroni. —Carmen M. Argibay (según su voto).

Voto de los señores ministros doctores don Enrique Santiago Petracchi y doña Carmen M. Argibay:

Considerando:

Que, en cuanto a los antecedentes de la causa, nos remitimos a los considerandos 1° a 5° del voto de la mayoría.

6°) Que, a diferencia del caso "Editorial Río Negro S.A." (Fallos: 330:3908), en el que se estaba en presencia de una alegada reducción de la publicidad oficial (conf. disidencia de los jueces Petracchi y Argibay, considerandos 4° y sgtes.), en estos autos el a quo ha concluido que "la negativa de contratar publicidad por parte del Gobierno con Editorial Perfil S.A. y sus publicaciones es un hecho reconocido expresamente en el informe producido por la Secretaría de Medios de Comunicación y por las declaraciones efectuadas en la prensa —y no desmentidas— por su titular" (fs. 363 vta. y 364).

7°) Que, en consecuencia, encontramos que el sub lite plantea una cuestión sustancialmente análoga a la examinada en los autos "Emisiones Platenses S.A." (Fallos: 320:1191), en donde se estaba frente a un caso en el cual se excluía totalmente a un medio de la publicidad oficial. Ello hace que remitamos a la disidencia formulada en esta última causa por los jueces Fayt, Petracchi y Bossert, la que damos por reproducida en razón de brevedad.

8°) Que compartimos el criterio de la mayoría en cuanto a las razones que aconsejan desestimar el recurso de hecho (conf. considerando 7°).

Por ello y habiendo dictaminado el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: 1. Declarar formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado y confirmar la sentencia apelada de fs. 362/365. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 2. Desestimar el recurso de hecho E.84.XLV. Intímese al Estado Nacional —Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros— para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómesese nota por Mesa de Entradas, agréguese copia del presente y archívese, previa devolución de los autos principales. Notifíquese. —Enrique Santiago Petracchi. —Carmen M. Argibay.

Voto del señor ministro doctor don Juan Carlos Maqueda:

Considerando:

Que el infrascripto se remite a los considerandos 1° a 5° del voto de la mayoría.

6°) Que las cuestiones debatidas en autos deben ser examinadas a la luz del pronunciamiento dictado en la causa "Editorial Río Negro S.A.", disidencia del juez Maqueda (Fallos: 330:3908), en la que se sostuvo que si un medio de prensa demuestra una restricción que lo afecta en la distribución de publicidad oficial, podría eventualmente llegar a considerarse una afectación legítima al ejercicio de la libertad de expresión, en tanto esa conducta podría tener por objetivo una voluntad de silenciamiento de un medio opositor.

Sin embargo, para la procedencia de este tipo de acción, la demandante debe demostrar la cesación o reducción de publicidad del medio respectivo de manera discriminatoria y con impacto económico, que exista una relación de causalidad adecuada entre tal acto gubernamental y la medida de represalia supuestamente adoptada, que exista una motivación clara por parte de la demandada en la cesación del flujo de publicidad sustentada en ese acto y, finalmente, que no pueda hallarse una razón independiente y suficiente en el acto u omisión de la autoridad gubernamental que permita concluir que se halla debidamente fundamentada su actitud (considerando 10 in fine).

En el presente caso, el Estado Nacional no controvierte que el medio actor recibe un tratamiento distinto respecto del flujo de publicidad oficial al que reciben medios de prensa escrita de aparentes similares características, ni que "la negativa de contratar publicidad por parte del Gobierno con Editorial Perfil S.A. y sus publicaciones es un hecho reconocido expresamente en el informe producido por la Secretaría de Medios de Comunicación y por las declaraciones efectuadas en la prensa —y no desmentidas— por su titular", tal como surge de la sentencia del a quo (fs. 362/365). Frente a esta evidencia, el Estado Nacional debía cumplir con la carga de aportar algún tipo de justificación independiente y suficiente —en los términos descriptos en el considerando 10 del fallo mencionado— de la conducta discriminatoria en la que ha incurrido.

Sin embargo, el Estado demandado —si bien enuncia en su recurso extraordinario que distribuye la publicidad entre los medios de prensa de manera razonable— no ha aportado ningún elemento en ese sentido, que permita comprender los criterios, o las pautas objetivas, que ha delineado para distribuir la publicidad oficial, y que podrían justificar de alguna manera, en el sub lite, la situación desventajosa en que se encuentra la Editorial Perfil S.A.

En estos términos, corresponde concluir que se han configurado los requisitos que habilitan la procedencia de la acción intentada por la actora en materia de distribución discriminatoria de la publicidad oficial.

7°) Que sobre la base del alcance con que ha sido habilitada la jurisdicción extraordinaria de este Tribunal, de la comprensión asignada a las cláusulas constitucionales puestas en cuestión y al modo en que se resuelve, es inconducente pronunciarse sobre los planteos introducidos en el recurso de hecho que, por ende, deben desestimarse. Ello es así, pues los agravios atinentes a la arbitrariedad que se postula carecen de relación directa con la solución del caso, y la definición sobre si se está en presencia de un supuesto de gravedad institucional es estéril al concurrir —en los términos señalados— todos los requisitos de admisibilidad de la instancia del artículo 14 de la ley 48.

Por ello, oído el señor Procurador General de la Nación, se resuelve: 1. Declarar formalmente admisible el recurso extraordinario con el alcance indicado y confirmar la sentencia apelada de fs. 362/365. Con costas (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 2. Desestimar el recurso de hecho E.84.XLV. Intímase al Estado Nacional —Secretaría de Medios de Comunicación de la Jefatura de Gabinete de Ministros— para que, en el ejercicio financiero correspondiente, haga efectivo el depósito previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de conformidad con lo prescripto en la acordada 47/91. Tómese nota por Mesa de Entradas, agréguese copia del presente y archívese, previa devolución de los autos principales. Notifíquese. —Juan Carlos Maqueda.

ARGENTINA- Sentencia 6

Corte Suprema de Justicia de la Nación Méndez, Daniel Roberto s/recurso de casación

01/11/2011

Buenos Aires, 1° de noviembre de 2011.

Vistos los autos: “Méndez, Daniel Roberto s/ recurso de casación”.

1°) Que el Juez Nacional de Ejecución Penal (Juzgado nº 3) hizo lugar al planteo del Defensor Oficial y, por ende, declaró la inconstitucionalidad del artículo 121.c de la ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de la libertad, al tiempo que resolvió que el Consejo Directivo del Ente de Cooperación Técnica Financiera (EN.CO.PE) dispusiera lo necesario para que se integre al fondo propio del interno el monto total que fuera descontado de sus salarios en aplicación del precepto cuestionado. La sentencia, con motivo del recurso deducido por el Fiscal Nacional ante los juzgados de ejecución penal, fue revocada por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, la cual, mediante el voto separado de sus tres integrantes, consideró constitucional la norma citada. En tal sentido, dos de los votos coincidieron en interpretar que el porcentaje de la retribución en juego estaba destinado a solventar los gastos de “manutención” del interno (fs. 56 vta., 61 vta. y 64), lo cual encontraba fundamento en los fines de resocialización o reinserción social que tiene la pena (fs. 57, 61 y pássim de los votos de los jueces que intervinieron en segundo y tercer término). La decisión motivó el recurso extraordinario de la Defensora Pública Oficial ante la citada cámara, que fue concedido.

2°) Que la apelación promueve una cuestión federal en los términos del artículo 14.3 de la ley 48, y reúne los restantes requisitos de admisibilidad. Corresponde, por ende, ingresar al fondo del asunto, vale decir, analizar la validez constitucional del citado artículo 121.c de la ley 24.660, el cual reza: “[l]a retribución del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá simultáneamente en la forma siguiente: [...] c) 25% para costear los gastos que causare en el establecimiento”. A tal fin, la Corte debe atenerse a la inteligencia que a esa norma ha dado el a quo, por ser ésta de derecho común, y confrontarla con las normas federales de superior jerarquía aplicables al caso (Fallos: 199:617, 620 y sus citas).

3°) Que la primera advertencia que corresponde formular, es que la readaptación social del penado resulta, indudablemente, no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo “superior” de ese sistema (“Verbitsky”, Fallos: 328:1146, 1186 y su cita - 2005). Empero, es igualmente cierto que no por su elevado emplazamiento, dicho objetivo consiente toda medida por el solo hecho de que se la considere dirigida a su logro. El presente caso, precisamente, se emplaza en ese terreno, pues no resulta admisible que, so color de la mentada readaptación, el Estado ponga la satisfacción —to- tal o parcial— de obligaciones propias en cabeza del interno. Es que, resulta claro del texto constitucional y de los tratados internacionales con dicha jerarquía (artículos 18 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), que pesa sobre el Estado el deber de custodia de todas las personas que están sometidas a detención preventiva o condena y que dicho deber estatal debe llevarse a cabo con el debido respeto de los derechos fundamentales reconocidos por dichas normas, en el marco de los estándares internacionales.

Desde antiguo con base en el artículo 18 de la Constitución Nacional, según el cual las cárceles serán sanas y limpias para resguardo y no para castigo de los detenidos en ellas —cláusula de contenido operativo—, se impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral (“Verbitsky”, cit. pág. 1186 y su cita). Más aún: “las carencias

presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones” a dichas obligaciones, pues ello “se- ría tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (artículo 5°, inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” (ídem, pág. 1183).

4°) Que, en igual sentido, el Comité de Derechos Humanos, al resolver el caso *Womah Mukong c. Camerun*, sostuvo de manera concluyente y de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, por un lado, que es “obligación” del Estado respecto de todo recluso la observancia de ciertas reglas mínimas (vgr., habitación, instalaciones sanitarias, nutrición, salud) y, por el otro, que dicha obligación debe cumplirse “siempre, aunque consideraciones económicas o presupuestarias puedan hacer[lo] difícil” y “cualquiera que sea el nivel de desarrollo del Estado parte de que se trate” (comunicación n° 458/1991, 21-7-1994, CCPR/C/51/D/458/1991, párr. 9.3). Con ello, por lo pronto, reiteró los lineamientos de su Observación General n° 21. Trato humano de las personas privadas de libertad (artículo 10), de 1992, con arreglo a los cuales, así como el artículo 10.1 del mencionado pacto impone a los Estados Partes una “obligación positiva” en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad, así también tratar a éstas con humanidad y respeto de su dignidad “es una norma fundamental de aplicación universal. Por ello, tal norma, como mínimo, no puede depender de los recursos materiales disponibles en el Estado Parte” (párrs. 3 y 4). Dichas Reglas Mínimas (adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente —Ginebra, 1955—, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), 31-7-1957, y 2076 (LXII), 13-5-1977), por lo demás, regulan pormenorizadamente las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales de los detenidos (vgr. reglas 9/14 —locales destinados a los reclusos—, 15/16 —higiene—, 17 —ropa—, 20 —alimentación—, 22 —servicios médicos—, 77 —ins- trucción—). Y, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del artículo 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad (“Verbitsky”, cit., pág. 1187; asimismo: “Gallardo”, Fallos: 322:2735). Con análogos alcances han sido aplicados, entre otros, por el Comité contra la Tortura (vgr.: Observaciones finales: Guatemala, 6-12-2000, A/76/44, párr. 73.f), por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (p. ej.: *Yvon Neptune vs. Haití*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6-5-2008, Serie C n° 180, párr. 144), y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que las ha entendido como referencias adecuadas de las normas internacionales mínimas para el trato humano de los reclusos, en materia, p. ej., de alojamiento, higiene y tratamiento médico (informe n° 127/01, caso 12.183, *Joseph Thomas – Jamaica*, 3-12-2001, párr. 133, entre otros).

De igual modo, ciertamente, puede discurrirse a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: todo individuo “tiene derecho a un tratamiento humano durante la privación de su libertad” (art. XXV). Valga recordar, incluso, que si bien la Convención Europea de Derechos Humanos no contiene norma alguna sobre las condiciones de reclusión, ello no le ha impedido a la Corte Europea de Derechos Humanos juzgar, mediante una interpretación constructiva, que el art. 3° del citado instrumento “impone” al Estado el “aseguramiento” de que dichas condiciones resulten compatibles con el respeto de la dignidad humana (*Kudla c. Pologne*, sentencia de 26-10-2000, Recueil 2000-XI, párr. 94).

5°) Que, en suma, por la “relación e interacción especial de sujeción” que se establece entre el interno y el Estado, “este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquéllos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2-9-2004, Serie C n° 112, párr. 153).

6°) Que, esta Corte ya había enunciado que el ingreso a una prisión, no despoja al hombre de la protección de las leyes y, en primer lugar de la Constitución Nacional, y que la dignidad humana

implica que las personas penalmente condenadas son titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso. Esta postura seguida desde el precedente “Dessy” (Fallos: 318: 1894), sobre el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, se ha mantenido en otros precedentes (Fallos: 327:388 y 328:1146).

Justamente en la Declaración de Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos —La Habana, Cuba, 1990— se estableció como regla elemental que el ser humano no pierde su dignidad por estar privado de su libertad; es que con excepción de aquellas limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos ellos, sin distinción alguna, siguen gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en los documentos de protección nacional e internacional de los derechos humanos.

Que, en tales condiciones, resulta del todo evidente que, a la luz del artículo 18 de la Constitución Nacional y las normas de los tratados internacionales con jerarquía constitucional de las que se ha hecho mérito, a las que se suman los patrones de las citadas Reglas Mínimas, la limitación salarial del artículo 121, inciso c de la ley 24.660 resulta inválida, puesto que implica transferir al interno trabajador el costo de la obligación de su manutención que, según dicho marco normativo, pesa por entero sobre el Estado.

Cuadra acotar, incluso, que la mentada disposición contradice abiertamente las “normas de trato” previstas en la propia ley 24.660, entre las que corresponde destacar, vgr.: “(e)l régimen penitenciario deberá asegurar y promover el bienestar psicofísico de los internos. Para ello se implementarán medidas de prevención, recuperación y rehabilitación de la salud” (...) (artículo 58); “(l)a administración proveerá al interno de vestimenta acorde al clima y a la estación” (artículo 63); “(a)l interno se le proveerá de ropa suficiente para su cama individual, la que será mudada con regularidad” (artículo 64); “(l)a alimentación del interno estará a cargo de la administración, será adecuada a sus necesidades y sustentada en criterios higiénico-dietéticos” (artículo 65); “los establecimientos deberán disponer de suficientes y adecuadas instalaciones sanitarias y proveerán al interno de los elementos indispensables para su higiene (artículo 60); desde su ingreso “se asegurará al interno el ejercicio de su derecho de aprender, adoptándose las medidas necesarias para mantener, fomentar y mejorar su educación e instrucción” (artículo 133).

Que, por lo tanto, si se acepta, como surge claramente de normas de rango constitucional, que se encuentra en cuestión un deber netamente estadual con el propósito de sustentar el fin de readaptación social de las personas condenadas, el artículo 121, inciso c de la ley 24.660 no sólo frustra y desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto, sino que colisiona con enunciados de jerarquía constitucional, y es deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía de la Constitución Federal. No se trata de apreciar el mérito, conveniencia u oportunidad de una norma dictada por el legislador, sino que la cuestión planteada en el sub lite, está bajo la jurisdicción de esta Corte, ya que sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación le compete garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias (Fallos: 328:1146).

Por ello, oído el señor Procurador Fiscal, se declara admisible y procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada en cuanto fue materia del agravio examinado. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — Ricardo Luis Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Carlos S. Fayt. — Enrique Santiago Petracchi. — Juan Carlos Maqueda. — E. Raúl Zaffaroni.

ARGENTINA- Sentencia 7

Corte Suprema de Justicia de la Nación
R. P., R. D. c. Estado Nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado

19/04/2011

Fallos, 334:445

TEXTO DICTAMEN PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN:

Suprema Corte:

—|—

A fs. 63/73 (del expediente principal al que me remitiré en adelante), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal —Sala I— dejó sin efecto la sentencia de primera instancia, por la cual se había hecho lugar a la acción de habeas data (art. 43, 3er. párr., de la Constitución nacional) entablada por R con el objeto de acceder a la información que, sobre su persona, obrase en el Servicio de Inteligencia del Estado (SIDE) desde 1961, y que estimaba necesaria para que la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) le reconociera el período comprendido entre ese año y 1973 como computables para obtener el beneficio jubilatorio.

El tribunal de alzada ordenó que se dictara un nuevo pronunciamiento sobre la base de las pautas que —a su entender— la magistrada de primera instancia había omitido seguir, las cuales, sintéticamente, se enuncian a continuación:

(i) El actor, de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo del art. 43 de la Constitución nacional, tiene derecho a conocer si existen o no los datos, referidos a su persona, almacenados en los archivos de la SIDE. En consecuencia, resulta inadmisibles la posición de esta última de abstenerse de reconocer tal circunstancia, ya que, de tener tal información, para negarle al actor el derecho a tomar conocimiento de ella, le bastaba sostener que su revelamiento comprometería los intereses públicos que se encuentra obligada a preservar en los términos de los arts. 17 (incs. 1° y 2°) de la ley 25.326 y 16 (1er. párr.) de la ley 25.520, sin necesidad de dar a conocer su contenido.

(ii) Empero, la jueza de primera instancia no pudo válidamente hacer lugar a la demanda y ordenarle a la SIDE que permitiese al actor tomar conocimiento de los datos sobre su persona que pudieran eventualmente obrar en su poder, sin tener en cuenta si ellos existían y si el revelamiento de esa información podía o no comprometer efectivamente los intereses públicos que aquel órgano se encuentra legalmente obligado a preservar.

(iii) En su consecuencia, frente a la negativa de la SIDE a dar a conocer si tenía o no almacenados datos referidos a la persona del demandante, la jueza de primera instancia debió intimar a aquélla para que se manifestara positiva o negativamente sobre el punto y, en caso afirmativo, solicitar que remitiera la información peticionada por el actor.

(iv) Sólo en el supuesto de que, efectuada dicha intimación, la Secretaría hubiera reconocido que tenía los datos en su poder, pero se hubiera negado a remitirlos con fundada invocación de las excepciones al derecho de acceso, de haber sido éstas cuestionadas por el actor, la jueza de primera instancia pudo haber hecho uso de la facultad de "tomar conocimiento personal y directo de los datos solicitados" —que, con obligación de mantener su confidencialidad, le otorga el inc. 2° del art. 40 de la ley 25.326— para resolver la controversia.

—II—

Disconforme, el Estado nacional (SIDE) dedujo el recurso extraordinario de fs. 77/97, el que denegado por la Cámara a fs. 106 —por carecer el pronunciamiento apelado del recaudo de ser definitivo—, origina la presente queja.

Sostiene que la sentencia es arbitraria por encontrarse en juego el principio fundamental de supremacía de las normas, toda vez que se omitió tomar en cuenta que la Ley de Inteligencia Nacional (25.520 —la cual regula todo lo referido a los datos que obran en la SIDE—) prevalece, por ser posterior y especial, sobre la Ley de Protección de Datos Personales (25.326).

Afirma que la Cámara, al imponerle la obligación de poner a disposición de cualquier particular interesado los eventuales datos que pudieren existir sobre su persona, vulnera la Ley Nacional de Inteligencia 25.520. En ese sentido, alega que del juego armónico de ambas leyes surge que todas las actividades desarrolladas por la SIDE, referidas a la producción de inteligencia nacional en favor de la seguridad interior y exterior de la Nación, están incluidas en las excepciones previstas en el art. 17 de la ley 25.326, merced al cual los responsables de los archivos pueden negar el acceso a la información, mediante decisión fundada, en función de la protección de la defensa nacional, del orden y de la seguridad pública (inc. 1°).

Expresa que la ley 25.520 atribuyó exclusivamente al Presidente de la Nación la facultad (hoy delegada en el Secretario de Inteligencia) de desclasificar o autorizar el acceso a determinada información, inclusive los datos que la reglamentación ha llamado "públicos", así como que asignó el control de las actividades de inteligencia y de los datos que se pudieren almacenar a la Comisión Bicameral creada a tal fin por su art. 31. En tales condiciones, afirma que cuando se interpreta que el Poder Judicial tiene facultades para revisar la razonabilidad de la clasificación de seguridad que pudiere corresponder a los datos que obran en sus archivos, se violan principios elementales del sistema republicano de gobierno, permitiendo la indebida intromisión de uno de los poderes del Estado en el ámbito exclusivo y excluyente de los otros dos.

Considera que el modo como se han interpretado las leyes 25.326 y 25.520 le ocasiona un gravamen irreparable al punto de que, si se siguiera el criterio de la Cámara, debería brindarle información —destinada al ejercicio de las tareas de inteligencia— a un terrorista que podría estar preparando un atentado y desee conocer cuánto se sabe de él.

Se agravia también, al entender que la mera circunstancia de informar que tiene datos sobre una persona importa reconocer, en primer lugar, que existe información sensible sobre ella —lo que sólo puede ser evaluado eficazmente por el Poder Ejecutivo— y, en segundo término, que la información es de una entidad tal que no puede revelarse.

De modo subsidiario, y frente a la posibilidad de que no se haga prevalecer la ley 25.520 como pide, deja planteada la inconstitucionalidad de la ley 25.326.

— III —

Si bien la sentencia apelada no es definitiva —puesto que no impide la prosecución del proceso, ni se pronuncia de modo final sobre el fondo del asunto— resulta equiparable a tal, toda vez que al reenviar la causa a primera instancia para que se ordene a la SIDE a que manifieste si tiene o no almacenados datos referidos a la persona del actor, el pronunciamiento cierra la posibilidad de discutir esta cuestión causándole al Estado nacional un agravio de imposible reparación ulterior, sin que ello pueda ser subsanado con posterioridad.

Asimismo, considero que los agravios esgrimidos por el recurrente guardan relación directa con la interpretación del art. 43 de la Constitución nacional y de las leyes 25.326 y 25.520, por lo cual resulta admisible el recurso extraordinario planteado de acuerdo a lo dispuesto en el art. 14, inc. 3°, de la ley 48. Es preciso resaltar, igualmente, que encontrándose en discusión el alcance que cabe asignar a normas de derecho federal la Corte no está limitada al decidir por los argumentos de las partes o de la cámara, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 311:2553; 314:529; 316:27; 321:861, entre muchos otros)

— IV —

Sentado lo expuesto, cabe recordar que el habeas data consagrado en el art. 43 de la Constitución nacional protege la identidad personal y garantiza que el interesado tome conocimiento de los datos a él referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos públicos o los privados destinados a proveer informes. Constituye, por tanto, una garantía frente a informes falsos o discriminatorios que pudieran contener y autoriza a obtener su supresión, rectificación, con fidelidad o actualización.

El alto Tribunal ha sostenido que excluir de la protección reconocida por la Constitución a aquellos datos que organismos estatales mantienen fuera del acceso de los particulares comporta la absurda consecuencia de ofrecer una acción judicial sólo en los casos en los que no es necesaria, y vedarla en aquellos en los que el particular no puede sino recurrir, ineludiblemente, a la tutela judicial para ejercer su derecho. Sólo se preserva en forma eficiente el derecho de que se trata, en la medida en que se entienda por "registros o bancos de datos públicos" aquellos que obran en organismos del Estado, incluso, y en especial, los reservados con carácter secreto (v. Fallos: 322:2139, voto del ministro Petracchi y más recientemente, sentencia del 7 de abril de 2009 en la causa E. 268, XXXVII, "Empresa de Combustible Zona Común S.A. c/Administración Federal de Ingresos Públicos").

Sin embargo, aun cuando la protección constitucional de que se trata se dirige a que el particular interesado tenga la posibilidad de controlar la veracidad de la información y el uso que de ella se haga (v. Fallos: 321:2767 y 322:2139, sendos votos del ministro Fayt), no debe perderse de vista que el alcance de dicha garantía encuentra su límite en ciertas circunstancias específicas que no pueden ser soslayadas, tales como el carácter de las funciones que desarrolla el organismo requerido o cuando esté en juego la protección de la defensa nacional, de la seguridad pública o la represión de delitos (art. 23, incs. 1º y 2º de la ley 25.326).

En esa línea de pensamiento el art. 17 de la ley citada establece que "los responsables o usuarios de bancos de datos públicos pueden, mediante decisión fundada, denegar el acceso, rectificación o la supresión en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros" (v. inc. 1º) como así también cuando de tal modo se pudiera obstaculizar actuaciones judiciales y la investigación de delitos penales (v. inc. 2º).

Desde esa perspectiva, ha de concluirse que, en principio, la obtención de información sobre datos personales obrantes en los organismos y fuerzas de seguridad halla adecuación legal en la acción de habeas data, pero con la salvedad de los casos en que el suministro de esa información pueda, eventualmente, afectar la seguridad, la defensa nacional, las relaciones exteriores o una investigación criminal, cuestión que en cada caso deberá ser invocada por el titular de la respectiva institución (cf. considerando 13 del Fallo: 322:2139 "Ganora").

La ley 25.520 posterior a dicho fallo y a la Ley de Protección de Datos Personales, 25.326, no modificó tal situación, toda vez que su art. 3º estableció con total claridad que el funcionamiento del Sistema de Inteligencia Nacional debía "... ajustarse estrictamente a las previsiones contenidas en la primera parte, capítulos I y II de la Constitución Nacional y en las normas legales y reglamentarias vigentes".

Es decir, que aun cuando la función regulada por la ley 25.520 comprenda la inteligencia nacional entendida por tal a la actividad consistente en la obtención, reunión, sistematización y análisis de la información específica referida a los hechos, amenazas, riesgos y conflictos que afecten la seguridad exterior e interior de la Nación (v. art. 2º, inc. 1º), ello no implica que toda la actividad que realicen los organismos de seguridad y de defensa se encuentre alcanzadas por las excepciones previstas en el art. 17, inc. 1º, de la ley 25.326, sino que sólo se podrá denegar el acceso, rectificación o supresión de aquellos datos que involucren "...la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros".

De igual modo el aludido art. 23 de la ley 25.326 prevé que el tratamiento de los datos personales con fines de defensa nacional o de seguridad pública por parte de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales o de inteligencia, sin consentimiento de los afectados, queda

limitado a aquellos supuestos y categoría de datos que resulten necesarios para el estricto cumplimiento de las misiones legalmente asignadas a aquéllos para la defensa nacional, la seguridad pública o para la represión de los delitos. Los archivos, en tales casos, deberán ser específicos y establecidos al efecto, debiendo clasificarse por categorías, en función de su grado de fiabilidad (inc. 2°).

A esta precepto legal se refiere la reglamentación de la ley 25.520 cuando ordena a los organismos de inteligencia enmarcar, "inexcusablemente", las actividades mencionadas en su art. 4° inc. 2) — referidas a la prohibición de los organismos de inteligencia de obtener información, producir inteligencia o almacenar datos sobre personas, por el solo hecho de su raza, fe religiosa, acciones privadas u opinión política, o de adhesión o pertenencia a organizaciones partidarias, sociales, sindicales o comunitarias— "dentro de las prescripciones generales de la Ley de Protección de los Datos Personales N° 25.326 y específicamente en lo determinado en el artículo 23 de la citada norma legal" (v. art. 2°, anexo I del decreto 950/02).

Por otra parte, comparto el criterio de la Cámara, en cuanto a que no toda la documentación existente en los organismos de inteligencia encuadra necesariamente en alguna de las cinco categorías previstas en el art. 10 del anexo I del decreto 950/02 —a saber, estrictamente secreto y confidencial, secreto, confidencial, reservado o público— y que por aquel motivo los bancos de datos de los organismos de inteligencia estarán obligados a llevar la clasificación de seguridad que corresponde siempre que lo sea "...en interés de la seguridad interior, la defensa nacional y las relaciones exteriores de la Nación" (v. art. 16 de la ley 25.520).

En ese sentido, no correspondería encuadrar en dicha categoría la documentación que no comprometa la seguridad y los intereses nacionales.

Por lo expuesto, y habida cuenta de que la acción está dirigida a obtener la información existente en la demandada que permita al actor acceder al beneficio jubilatorio, entiendo que corresponde reconocerle tal derecho, razón por la cual el organismo demandado sólo deberá informar si posee datos que sean útiles al demandante a fin de obtener el beneficio mencionado y siempre que no se comprometan los intereses y la seguridad del Estado. En caso de no darse estos requisitos, podrá informar que no posee datos de los requeridos por el Tribunal.

— V —

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar admisible la queja deducida y confirmar la sentencia apelada con el alcance establecido en el último párrafo del acápite anterior. — Buenos Aires, 9 de noviembre de 2009. — Esteban Righi.

TEXTO FALLO CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Buenos Aires, 19 de abril de 2011.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por la Secretaría de Inteligencia de la Presidencia de la Nación en la causa R. P., R. D. c/ Estado Nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que los hechos relevantes de la causa, los fundamentos de la sentencia apelada y los agravios del recurrente han sido adecuadamente expuestos por el señor Procurador General en su dictamen. Asimismo, el Tribunal comparte lo allí expresado en cuanto al alcance y aplicación al caso de las disposiciones de las leyes 25.326 y 25.520 y del decreto 950/2002 (punto IV del dictamen), con las salvedades que a continuación se formulan.

2º) Que, tal como se concluye en el dictamen, las normas aludidas confieren al actor el derecho de obtener toda la información que pueda existir en la Secretaría de Inteligencia y sea útil para acceder al beneficio jubilatorio que invoca.

3º) Que, sin embargo, para que tal derecho tenga efectiva concreción, la Secretaría se encuentra obligada a manifestar si tiene o no los datos requeridos; y si los tuviese sólo podría negarse a revelarlos en los términos del artículo 17, incisos 1º y 2º, de la ley 25.326, vale decir, mediante "decisión fundada (...) en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad pública, o de la protección de los derechos e intereses de terceros". Por su parte, los jueces cuentan con la potestad de verificar, a instancias del interesado, si las razones dadas por el organismo justifican la negativa a suministrar la información, para lo cual podrán "tomar conocimiento personal y directo de los datos solicitados asegurando el mantenimiento de su confidencialidad" (artículo 40, inc. 2º, de la ley aludida); confidencialidad o secreto que también imponen los artículos 17 de la ley 25.520 y 12 del decreto 950/2002.

4º) Que a lo expuesto cabe añadir que la clasificación de la información de los organismos de inteligencia (artículos 23, inc. 2º, de la ley 25.326 y 16 de la ley 25.520) no es óbice para que los jueces, a pedido de parte, puedan verificar si está comprometido el interés público y hacer efectiva la garantía del hábeas data (artículo 43, tercer párrafo de la Constitución Nacional).

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Reintégrese el depósito de fs. 2. Agréguese la queja al principal, notifíquese y remítase. — Ricardo Luis Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Carlos S. Fayt. — Enrique Santiago Petracchi — Juan Carlos Maqueda. — E. Raúl Zaffaroni. — Carmen M. Argibay.

BOLIVIA- Sentencia 1

1.- La protección del derecho a la libertad física y el derecho a la vida frente a particulares:

1.1. Antecedentes

AUTO CONSTITUCIONAL Nº 288/99- R

Expediente: 99-00358-01-RHC
Distrito: Tarija
Partes: Freddy Arraya Llanos contra el Dr. Jaime Márquez
Director del Hospital San Juan de Dios de Tarija
Materia: Habeas Corpus
Lugar y fecha: Sucre, 29 de octubre de 1999
Magistrado Relator: Dr. José Antonio Rivera Santiviáñez

VISTOS: En revisión la resolución de fs. 10 y Vta., pronunciada en fecha 7 de octubre de 1999 por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito de Tarija, los antecedentes arrimados al expediente; y

CONSIDERANDO: Que, mediante memorial de 6 de octubre de 1999, cursante a Fs. 2 y Vta., Freddy Arraya Llanos plantea recurso de Habeas Corpus contra el Dr. Jaime Márquez, Director del Hospital San Juan de Dios de Tarija, alegando que está retenido como rehén en el referido Hospital.

Manifiesta que fue internado en el citado nosocomio con traumatismos graves ocasionados en un accidente de tránsito; una vez recibidas las atenciones médicas fue dado de alta el día 16 de agosto de 1999, pero sin mayor justificación, y con el pretexto de que debe pagar los servicios hospitalarios, está retenido por orden del Director del Hospital, atentando contra su derecho humano a la libertad individual, por lo que plantea el recurso de Habeas Corpus.

Que, planteado el recurso, éste se tramita conforme a ley, realizándose la correspondiente audiencia pública el día 7 de octubre de 1999, cual consta del acta saliente de Fs. 8 a 10, en la que el recurrido presta su informe señalando que el Hospital no tiene policías, las rejas son para seguridad de los bienes, herramientas e instrumental que se tiene en ese recinto, que todos los ciudadanos sean bolivianos o extranjeros sin distinción de clase entran a ese Hospital, afectados en su salud. Que, el demandante es empleado de Freddy Bustamante, quien es un empresario constructor, por lo que es el directo responsable de los gastos hospitalarios del demandante, sin embargo éste señor lo dejó simplemente en el Hospital, nunca más volvió, nadie sabía quien era el padre o la madre del paciente. Finalmente, apareció su padre Juan Arraya, el mismo que manifestó que no tiene dinero para cancelar los gastos de atención médica. Finalmente dijo que el demandante no está apremiado en el Hospital. Escuchada la fundamentación y el informe, en la misma audiencia se pronuncia resolución declarando **Procedente** el recurso, resolución que es objeto de la presente revisión.

CONSIDERANDO: Que, de la revisión detenida de los antecedentes y el análisis de los fundamentos de hecho y de derecho, se establece que el recurrido, al haber impedido que el recurrente salga del Hospital donde se encontraba internado, a pesar de haber sido dado de alta ya en fecha 16 de agosto, ha obrado de forma ilegal y arbitraria, privándole del derecho fundamental consagrado por el Art. 7 Inc. g) de la Constitución Política del Estado; una retención indebida que se genera en la intención confesa del recurrido de hacer efectivo el pago por los servicios hospitalarios y médicos prestados a Freddy Arraya Llanos. Si bien es cierto que el

Hospital San Juan de Dios, del que es su Director el recurrido, tiene el derecho de cobrar y hacer efectivo el pago por los servicios hospitalarios y médicos prestados, empero el cobro deberá efectuarse utilizando los medios y procedimientos establecidos por las leyes en vigencia; y no intentar hacerlo manteniendo como rehén al paciente en el recinto hospitalario por más de 20 días que transcurren desde que se dio de alta al paciente a la fecha en que se plantea el recurso, máxime si mediante la Ley N° 1602 se ha abolido el apremio corporal por deudas.

Que, el recurso de Habeas Corpus instituido por el Art. 18 de la Constitución Política del Estado, constituye una garantía para la libertad individual o derecho de locomoción contra toda restricción o supresión ilegal o indebida.. Que, en el caso de autos se tiene demostrado que el recurrido restringió indebida e ilegalmente la libertad individual del recurrente; por lo que el Tribunal del Habeas Corpus, al declarar **Procedente** el recurso, ha obrado conforme a las previsiones establecidas por la Constitución y la Ley N° 1836.

POR TANTO: El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que ejerce por mandado del Art. 18-III y 120 - 7ª de la Constitución Política del Estado y Art. 93 de la Ley No. 1836, **APRUEBA** la sentencia revisada de Fs. 10 y Vta., dictada por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito de Tarija, disponiéndose que el Juez de estricta aplicación a los dispuesto por el Art. 91-VI de la Ley N° 1836

Se llama la atención al Tribunal de Habeas Corpus, por no haber remitido el expediente en revisión, en el plazo previsto en el Art. 93 de la Ley N° 1836

Regístrese y devuélvase.

No interviene el Magistrado Dr. Hugo de la Rocha, por estar en uso de su vacación anual.

Dr. Pablo Dermizaky Peredo

PRESIDENTE

Dr. René Baldivieso Guzmán

MAGISTRADO

Dr. Willman R. Durán Ribera

MAGISTRADO

Dra. Elizabeth I. de Salinas

MAGISTRADA

Dr. José Antonio Rivera Santiváñez

MAGISTRADO

BOLIVIA- Sentencia 2

SENTENCIA CONSTITUCIONAL N° 1042/00 – R

Expediente N°:	2000-01751-04-RHC
Partes:	Celestino Marca Quispe contra María del Pilar Ruiz de Morales, Directora del Hospital Universitario “UNIVALLE”
Materia:	Hábeas Corpus
Distrito:	Cochabamba
Lugar y Fecha:	Sucre, 9 de Noviembre de 2000
Magistrado Relator:	Dr. José Antonio Rivera Santiviáñez

VISTOS: En revisión, la Resolución de fojas 10 y 11, pronunciada el 14 de octubre de 2000 por el Juez de Partido Tercero en lo Penal de Cochabamba, en el Recurso de Hábeas Corpus interpuesto por Celestino Marca Quispe contra María del Pilar Ruiz de Morales, Directora del Hospital Universitario “UNIVALLE”; sus antecedentes, y

CONSIDERANDO: Que de la revisión del expediente se establece lo que sigue:

En su demanda de 13 de octubre del año en curso (fs. 4), el recurrente expresa que como consecuencia de un accidente de tránsito que sufrió el 14 de septiembre, fue internado en el Hospital Universitario “Univalle”, “con la autorización y firma responsable de los gastos emergentes de dicha internación por parte del propietario y conductor del camión” que lo atropelló, Mario Adrián Sánchez; que habiendo sido dado de alta no puede retirarse del Hospital hasta que cubra los gastos de las intervenciones y medicinas, pese a que existe un responsable que no ha cubierto esa deuda. Sostiene que por ser pobre de solemnidad y en razón a que “el certificado médico le otorga un impedimento de 180 días”, no puede constituir garantía del cumplimiento de la obligación, por lo que interpone Recurso de Hábeas Corpus, solicitando que, previas las forma procesales, se disponga su inmediata libertad.

A fojas 9 y 10 cursa el acta de la audiencia pública realizada el 14 de octubre de 2000, a la que no asistieron el recurrente ni su abogado. El abogado de la recurrida informa: **a)** Que en ningún momento se ha presionado al recurrente para que no abandone el Hospital, sino que por sus múltiples dolencias los médicos no le dieron el alta definitiva, sino solamente en las especialidades de cirugía y urología, continuando con traumatología y cardiovascular, por lo que sigue interno en el nosocomio; **b)** Que un día antes de la audiencia se dio de alta definitiva a Celestino Marca Quispe, pero sus familiares no fueron a recogerlo; **c)** Que el responsable del pago de honorarios es Mario Adrián Sánchez y que harán efectivo el mismo por la vía legal correspondiente; **d)** Considera que no existe detención indebida, en virtud de lo cual pide se declare improcedente el Recurso.

A fs. 10 y 11 corre la Resolución de 14 de octubre de 2000, que declara **improcedente** el Recurso con el fundamento de que el recurrente continúa recibiendo las atenciones médicas en el Hospital Universitario “Univalle”, sin que los médicos tratantes hayan autorizado su salida o le hayan dado de alta; que “los gastos emergentes de la atención profesional y hospitalaria aún no han sido cubiertos menos se le está exigiendo”, reservándose el nosocomio el derecho de hacer efectivo el pago en la vía que corresponda.

CONSIDERANDO: Que del análisis de los datos del proceso remitido en revisión, se concluye que, al haber sufrido un accidente de tránsito, Celestino Marca Quispe fue internado en el Hospital Universitario “Univalle” el 14 de septiembre, y, luego de ser intervenido y tratado médicamente, fue dado de alta el 26 de octubre, cual acredita el Certificado Médico de fs. 1 y el Detalle de Cuenta de fs. 2, permaneciendo en el citado nosocomio por más de 16 días luego de su alta hasta la

interposición del Recurso, en vista de carecer de recursos suficientes para efectuar el pago de honorarios, intervención y atención recibidas.

CONSIDERANDO: Que la recurrida, al haber impedido que el recurrente salga del Hospital donde se encontraba internado, a pesar de haber sido dado de alta ya el 26 de septiembre, ha obrado de forma ilegal y arbitraria, privándole del derecho fundamental consagrado por el art. 7 Inc. g) de la Constitución Política del Estado; una retención indebida que se genera en la intención de la recurrida de hacer efectivo el pago por los servicios hospitalarios y médicos prestados a Celestino Marca Quispe.

Que si bien es cierto que el Hospital Universitario “Univalle”, del que es su Directora la recurrida, tiene el derecho de cobrar y hacer efectivo el pago por los servicios hospitalarios y médicos prestados, empero, el cobro deberá efectuarse utilizando los medios y procedimientos establecidos por las Leyes en vigencia; y no intentar hacerlo manteniendo como rehén al paciente en el recinto hospitalario por más de 16 días que transcurren desde que se dio de alta al paciente a la fecha en que se plantea este Recurso, máxime si mediante la Ley N° 1602 se ha abolido el apremio corporal por deudas. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en el Auto N° 288-99-R de 29 de octubre de 1999.

CONSIDERANDO: Que, el Recurso de Hábeas Corpus instituido por el art. 18 de la Constitución Política del Estado, constituye una garantía para la libertad individual o derecho de locomoción contra toda restricción o supresión ilegal o indebida. Que, en el caso de autos se tiene demostrado que la recurrida restringió indebida e ilegalmente la libertad individual del recurrente; por lo que el Juez del Hábeas Corpus, al declararlo **improcedente**, no ha evaluado correctamente los datos del Recurso ni las normas legales aplicables al mismo.

POR TANTO: El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los artículos 18-III y 120-7ª de la Constitución Política del Estado y 93 de la Ley N° 1836, **REVOCA** la Resolución de fojas 10 y 11, pronunciada el 14 de octubre de 2000 por el Juez de Partido Tercero en lo Penal de Cochabamba, y declara **PROCEDENTE** el Recurso interpuesto por Celestino Marca Quispe, debiendo el Juez del Hábeas Corpus calificar los daños y perjuicios causados por la recurrida de conformidad a lo previsto por el art. 91-VI de la Ley N° 1836.

Regístrese y devuélvase.

No interviene el Magistrado Pablo Dermizaky Peredo, por encontrarse con licencia por razones de salud.

Dr. Hugo de la Rocha Navarro

PRESIDENTE a.i.

Dr. Willman R. Durán Ribera

MAGISTRADO

Dr. René Baldivieso Guzmán

MAGISTRADO

Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas

MAGISTRADA

Dr. José Antonio Rivera Santiváñez

MAGISTRADO

BOLIVIA- Sentencia 3

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1216/2003-R

Sucre, 26 de agosto de 2003

Expediente:	2003-06561-14-RHC
Distrito:	Cochabamba
Primer Magistrado Relator:	Dr. José Antonio Rivera Santivañez
Segundo Magistrado Relator:	Dr. René Baldivieso Guzmán

En revisión la Resolución de fs. 26 pronunciada el 12 de junio de 2003 por la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba dentro del **recurso de hábeas corpus** interpuesto por **Marco Antonio Paredes Mendoza en representación sin mandato de Daniella Seguel Eduardo** contra **Víctor Daniel Seguel Gonzáles y Norma Florencia Eduardo Franz**, alegando la vulneración de su derecho a la libertad, previsto por el art. 9 de la Constitución Política del Estado (CPE).

I.- ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURIDICA

I.1. Contenido del Recurso

I.1.1. Hechos que motivan el recurso

El recurrente en el escrito de 24 de abril de 2003 de fs. 4 a 5, manifiesta:

Desde el mes de marzo de 2001, en su consultorio médico trabaja su representada Daniella Seguel Eduardo, cuyos padres hace tiempo que vienen realizando una serie de problemas en contra suya, tratando de denigrar su imagen personal y profesional. Es así que hace 14 días, su representada fue sacada de manera violenta de su fuente de trabajo por sus progenitores, sin dejar que retire sus pertenencias personales ni cerrar el consultorio, recibiendo posteriormente una llamada telefónica de la afectada, quien le indicó que había sido maltratada, encerrada en una de las habitaciones de su domicilio e incomunicada por sus padres, situación ilegal que denunció como raptó ante la Brigada de Protección a la Mujer y la Familia, por cuanto su representada es mayor de edad y al estar independizada de sus padres no existe patria potestad bajo cuyo pretexto puedan reducirla en su libertad.

Añade que con una funcionaria policial acudieron al domicilio de su representada donde sus padres inicialmente negaron la denuncia, empero al escuchar los gritos desesperados de Daniella Seguel Eduardo, aceptaron el hecho de que su hija estaba encerrada dentro de una de las habitaciones, situación que se mantiene por más de catorce días a la fecha, en que se encuentra privada de su libertad de locomoción y autodeterminación al no poder realizar sus actividades cotidianas, profesionales y personales .

I.1.2. Derecho y garantía supuestamente vulnerados

Indica el previsto por el art. 9 CPE.

I.1.3. Personas recurridas y petitorio

El recurrente interpone hábeas corpus contra Víctor Daniel Seguel Gonzáles y Norma Florencia Eduardo Franz, solicitando sea declarado procedente y se ordene a los recurridos se abstengan de privar de libertad a su representada.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal

Efectuada la audiencia pública el 12 de junio de 2003, según consta a fs. 25 de obrados, se producen los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación del Recurso

El recurrente no concurrió a la audiencia, no obstante su legal citación a efectos de ratificar o ampliar los términos del recurso planteado.

I.2.2. Informe de los recurridos

Los recurridos no asistieron a la audiencia, a pesar de haber citados legalmente.

I.2.3. Resolución

Concluida la audiencia el Tribunal de hábeas corpus pronuncia Resolución que declara **improcedente** el recurso con el fundamento de que la presente acción no procede cuando es interpuesta contra particulares, debiendo acudir el recurrente a la vía ordinaria llamada por ley.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal

Que habiéndose sorteado el expediente el 7 de julio de 2003, a solicitud del Magistrado Relator se amplía el plazo del mismo en la mitad del término mediante Acuerdo Jurisdiccional 94/03 de 28 de julio de 2003, al no haber reunido el proyecto el consenso necesario para su aprobación se procede a sortear el expediente nuevamente el 4 de agosto de 2003, siendo la nueva fecha para dictar sentencia el 26 de agosto de 2003, por lo que la presente sentencia es dictada dentro del término previsto por ley.

II. CONCLUSIONES

- II.1** El 10 de abril de 2003, Marco Antonio Paredes Mendoza presentó denuncia ante la Brigada de Protección a la Familia, refiriendo que recibió una llamada de Daniella Seguel -a quien representa-, en sentido de que su padre la había raptado. Al constituirse con la funcionaria policial al domicilio de los denunciados, éstos inicialmente negaron los hechos para posteriormente admitir se encontraba en la casa su hija, quien gritó solicitando auxilio por encontrarse raptada (fs. 1 a 3).
- II.2** Según el informe de la Brigada de Protección a la Familia, el problema se inició porque Daniella Seguel, al ser Licenciada en Ciencias de la Educación se independizó y comenzó a trabajar con Marco Antonio Paredes Mendoza (recurrente), a quien los padres de Daniella Seguel Eduardo acusan de tener a personas raptadas entre señoras y niños (fs. 1).
- II.3** Inicialmente el recurso fue rechazado por el Tribunal, sin embargo mediante SC. 0732/2003-R el Tribunal Constitucional revocó la resolución de 25 de abril de 2003 pronunciada por la Sala Penal Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba, disponiendo que el Tribunal de hábeas corpus tramite el recurso conforme a ley y dicte sentencia declarando la procedencia o improcedencia según corresponda. (fs. 8, 15 a 18)

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS DEL FALLO

El recurrente sostiene que su representada fue sacada en forma violenta de su fuente de trabajo (que de él es su consultorio médico) por sus padres, para ser encerrada e incomunicada en su domicilio, acto ilegal que denunció como rapto ante la Brigada de la Familia y Mujer cuya funcionaria policial al constituirse en el domicilio señalado constató ser evidente la situación denunciada, motivando ello interponga el presente recurso, pues en el presente caso no existe ni el pretexto de la patria potestad de los padres al haberse independizado de ellos y ser mayor de edad, para "reducirla en su libertad"(sic.). Por consiguiente, corresponde determinar en revisión, si tales extremos son ciertos y si se justifica otorgar la tutela que brinda el art. 18 CPE.

- III.1** El Tribunal Constitucional, ha sentado jurisprudencia en sentido de que en actos y decisiones de particulares que impliquen privación de libertad no corresponde el recurso de hábeas corpus. En el caso de autos, Víctor Daniel Seguel Gonzáles y Norma Florencia Eduardo Franz, contra los que se dirige el presente recurso, son personas particulares, por

lo que la conducta de los mismos al privar de libertad a su hija Daniella Seguel Eduardo debe ser denunciada ante otros órganos jurisdiccionales para que los mismos se pronuncien sobre el caso.

- III.2** El recurso de hábeas corpus, por otra parte, protege la libertad de la persona ante actitudes ilegales o arbitrarias de autoridades públicas, preservándola de persecuciones o detenciones que afecten el derecho a la libre locomoción del individuo, entre tanto que aquellos actos ilegales, sea de autoridad pública o de persona particular que vulneren derechos fundamentales, corresponde sean tutelados de acuerdo con el art. 19 CPE, ya que el recurso previsto en esta norma permite la protección de los derechos fundamentales ante personas particulares. La SC 581/2001 corrobora lo señalado al establecer que: "el Recurso de Hábeas Corpus previsto en el art. 18 de la Constitución Política del Estado tutela el derecho a la libertad y se manifiesta como la pretensión del administrado a que le sea respetado el valor libertad por parte del poder público; en consecuencia, el Hábeas Corpus no procede contra particulares, en cuyo caso se configura el delito de privación de libertad, tipificado en el art. 292 del Código Penal, comportamiento que es objeto de un proceso penal, y no de un Recurso de Hábeas Corpus".

En consecuencia, el caso no se encuentra dentro de las previsiones del art. 18 CPE, de manera que el Tribunal de hábeas corpus al haber declarado **improcedente** el recurso ha efectuado una adecuada compulsión de los antecedentes procesales y dado correcta aplicación al citado precepto constitucional.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 18.III y 120-7ª CPE y arts. 7.8ª y 93 LTC, en revisión resuelve **APROBAR** la Resolución de fs. 26 pronunciada el 12 de junio de 2003, por la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Cochabamba.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No intervienen los Magistrados Dr. Willman Ruperto Durán Ribera por estar de viaje en misión oficial y Dr. José Antonio Rivera Santivañez por ser de voto disidente.

Fdo. Dr. René Baldivieso Guzmán

PRESIDENTE

Fdo. Dr. Elizabeth Iñiguez de Salinas

MAGISTRADA

Fdo. Dr. Felipe Tredinnick Abasto

MAGISTRADO

FUNDAMENTACIÓN DE VOTO DISIDENTE

Sucre, 2 de septiembre de 2003

Sentencia N° 1216/2003-R

Expediente: 2003-06561-13-RHC

Materia: Hábeas Corpus

Partes: Marco Antonio Paredes Mendoza en representación sin mandato de Daniella Seguel Eduardo **contra** Víctor Daniel Seguel Gonzáles y Norma Florencia Eduardo Franz

Distrito: Cochabamba

FUNDAMENTACIÓN DE VOTO DISIDENTE

El suscrito Magistrado ha expresado su desacuerdo con la decisión adoptada, así como los fundamentos contenidos en la Sentencia Constitucional N° 1216/2003-R, de 26 de agosto, por lo que ha emitido voto disidente en la aprobación de dicha Sentencia; toda vez que considera que el Tribunal Constitucional debió ingresar a la consideración del fondo del asunto y analizar la problemática planteada, pues no comparte la posición adoptada por la mayoría respecto a la improcedencia del hábeas corpus contra los actos o decisiones de los particulares que restrinjan o supriman el derecho a la libertad física o de locomoción. En consecuencia, de conformidad a lo dispuesto por el art. 47-II de la Ley N° 1836, en el plazo establecido en dicha disposición, fundamenta su disidencia en los siguientes términos:

1º En la sentencia constitucional que motiva la disidencia se ha declarado improcedente el recurso, con el fundamento de que el recurso de hábeas corpus no procede contra los actos y decisiones de particulares que impliquen violación de la libertad física, que este recurso sólo protege la libertad de las personas contra las actitudes ilegales y arbitrarias de autoridades públicas. La fundamentación referida tiene su sustento en la jurisprudencia establecida por este Tribunal en su SC 459/01-R de 14 de mayo, a través de la cual, modificando la línea jurisprudencial originalmente establecida, se definió por la improcedencia del hábeas corpus contra los actos de los particulares; cabe aclarar que en la referida sentencia no intervino el suscrito magistrado por no estar en ejercicio de la titularidad.

2º *Respetando profundamente el criterio de sus colegas que intervinieron en la SC 459/01 de 14 de mayo, así como los que intervinieron en la Sentencia Constitucional que motiva la presente disidencia, el suscrito magistrado discrepa con dicha tesis por lo siguiente.*

Cabe recordar que el recurso de hábeas corpus, como una garantía constitucional de carácter jurisdiccional, tiene por finalidad la protección de la libertad física o derecho de locomoción contra cualquier acto de restricción o supresión ilegal, restableciéndolo de forma inmediata y efectiva; por lo mismo, tanto en la doctrina como en el derecho positivo no existe restricción o limitación alguna a sus alcances respecto a las personas particulares. Así, en cuanto a la doctrina se refiere se puede citar al constitucionalista Carlos Sánchez Viamonte, quien en su trabajo "El Hábeas Corpus" consignado en la Enciclopedia Jurídica Omeba (T.XIII), al nombrar los diez principios del nuevo Hábeas Corpus señala textualmente "No ampara la libertad contra la ley; la ampara contra actos de autoridad o de particulares". Por otro lado, el español Luis Alfredo de Diego Díez, en su obra "Hábeas Corpus frente a detenciones ilegales", al describir las características del procedimiento de este Recurso, señala entre otros la "generalidad", que según la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/1984, "implica, por un lado, el control judicial de la legalidad de la detención de las personas, sea cual fuere el particular, autoridad o agente de la autoridad que la haya llevado a cabo"; en esa misma dirección la Ley Orgánica del Hábeas Corpus de España en su art. 1º dispone que se califica como "persona ilegalmente detenida: a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren

los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes”.

En cuanto al Derecho Positivo o normativo se refiere cabe referir que el art. 18-I de la Constitución de Bolivia, al instituir el recurso de hábeas corpus no establece limitación alguna en cuanto a la legitimación pasiva se refiere, es decir, no dispone ninguna prohibición sobre la procedencia contra los actos o decisiones de particulares que restrinjan o supriman la libertad física o derecho de locomoción, al contrario establece un ámbito amplio de alcance por cuanto dispone que “toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente perseguida, detenida, procesada o presa podrá ocurrir, por sí o por cualquiera a su nombre, con poder notariado o sin él ante la Corte Superior o ante cualquier Juez de Partido, a elección suya, en demanda de que se guarden las formalidades legales”, de manera que no puede efectuarse una interpretación restringida de la norma prevista por el art. 18-I de la Constitución, máxime se tiene en cuenta que uno de los principios de la interpretación constitucional es la preferencia de los derechos humanos.

Si bien es cierto que en el párrafo II del art. 18 de la Ley Fundamental, el Constituyente ha establecido que: “La autoridad judicial señalará de inmediato día y hora de audiencia pública, disponiendo que el actor sea conducido a su presencia. **Con dicha orden se practicará citación personal o por cédula en la oficina de la autoridad demandada (..)**”, cabe aclarar que dicha norma es meramente procesal no constitutiva, por lo mismo no puede servir de fundamento para realizar una interpretación restringida de la norma prevista por el art. 18-I que sí es una norma constitutiva que instituye el hábeas corpus, y limitar de esa forma la procedencia de este recurso a los actos o decisiones de autoridades públicas tan solamente, excluyendo de su alcance a las personas particular las que sí pueden, y de hecho lo hacen, restringir o suprimir el derecho a la libertad física tutelado por el hábeas corpus. La norma prevista por el art. 18-II de la Constitución debe ser interpretada en su verdadera dimensión procesal, y es aplicable para aquellos supuestos en los que el recurrente sea una autoridad pública o funcionario público la citación por cédula se practicará en su oficina, a *contrario sensu*, para el supuesto de que sea una persona particular la recurrida la citación por cédula se practicará en su domicilio señalado o referido en el Recurso. Es en esa misma dirección que se entiende la norma prevista por el art. 18-V de la Constitución, misma que dispone que “Los funcionarios públicos o personas particulares que resistan las decisiones judiciales, en los casos previstos por este artículo, serán remitidos, por orden de la autoridad que conoció el “hábeas corpus”, ante el Juez en lo Penal para su juzgamiento..”; como se puede colegir, el Constituyente ha incluido a los particulares en el recurso de hábeas corpus, no puede entenderse de otra forma, pues que otro sentido tendría que se hubiese establecido esta previsión categórica si el hábeas corpus no procediese contra los particulares, toda vez que en el ordenamiento jurídico vigente un particular no esta obligado a poner en libertad a una persona por una resolución judicial, con qué *autoritas* podría hacerlo?, salvo si el Juez del Hábeas Corpus declara procedente un recurso planteado contra una persona particular por la retención o detención ilegal o indebida de otra persona.

- 3º Establecer que el hábeas corpus no procede contra los actos de los particulares que restrinjan o supriman el derecho a la libertad física o derecho de locomoción puede generar peligrosamente un estado de absoluta indefensión al titular del derecho restringido, toda vez que, si bien es cierto que el art. 292 del Código Penal tipifica como delito la privación de la libertad personal, por lo que podría la víctima instaurar la acción penal, no es menos cierto que la finalidad del proceso penal es sancionatoria, por lo mismo no restituye de forma inmediata el derecho lesionado, en cambio el hábeas corpus tiene la finalidad de restablecerlo de forma inmediata y efectiva, tomando en cuenta que el derecho a la libertad física es uno de los bienes más preciados del hombre, precisamente por ello es que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos lo han proclamado y establecido sistemas de su protección efectiva. Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo ha proclamado en sus arts. 3 y 13, asimismo, en su art. 8, ha establecido el derecho a un

recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes para que lo amparen contra los actos que violen el referido derecho; de otro lado, el Pacto de San José de Costa Rica, al margen de proclamarlo, ha establecido que “toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. **En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza (se refiere al hábeas corpus), dicho recurso no puede ser restringido ni abolido.** Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”. (art. 7.6).

- 4º Por las razones antes referidas, el suscrito magistrado considera que el Tribunal Constitucional debió ingresar al análisis de fondo de la problemática planteada en el recurso de hábeas corpus interpuesto por Marco Antonio Paredes Mendoza en representación sin mandato de Daniella Seguel Eduardo contra Víctor Daniel Seguel Gonzáles y Norma Florencia Eduardo Franz, de hecho así propuso en el proyecto original de sentencia que no mereció el apoyo mayoritario.

Dr. José Antonio Rivera Santivañez

MAGISTRADO

BOLIVIA- Sentencia 4

1.2. Sentencia reportada que reconduce la posición:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0482/2011-R

Sucre, 25 de abril de 2011

Expediente: 2009-20436-41-AL

Distrito: Cochabamba

Magistrado Relator: Dr. Juan Lanchipa Ponce

En revisión la Resolución pronunciada dentro de la acción de libertad, interpuesta por Paulina Cruz Solano en representación sin mandato de Nieves Solano Condori y Freddy Teófilo Rojas Ricaldes contra Carmen Yolanda Morales de Jiménez, Directora General de la Clínica “Dr. Luis Morales Arnez”.

I.- ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la acción

I.1.1. Hechos que la motivan

La accionante por memorial presentado el 1 de septiembre de 2009, cursante de fs. 9 a 11, alega que a consecuencia de que el 16 de agosto de ese año, su madre Nieves Solano Condori sufrió un accidente de tránsito donde fue atropellada por Freddy Teófilo Rojas Ricaldes, quien conducía una vagoneta Toyota con placa de circulación 1610-EKC, tuvo que ser trasladada a la Clínica “Dr. Luis Morales Arnez”, donde aún se encontraba al momento de la presentación de esta acción tutelar; no obstante, que se recuperó satisfactoriamente y haber sido dado de alta por escrito, documento que se les negó ser entregado, puesto que si bien, el Seguro Obligatorio Contra Accidentes de Tránsito (SOAT), cubrió la mayor parte de los gastos quirúrgicos y médicos, la Directora de la referida Clínica retiene indebidamente a su “anciana madre”, condicionando su salida hasta que no se haga efectiva la suma que rebasó a la cobertura del SOAT, que asciende a \$us1200.- (mil doscientos dólares estadounidenses), suma de dinero que se va incrementando cada día que la paciente sigue retenida, situación desesperante por cuanto son personas de escasos recursos económicos.

Alega que, la Constitución Política del Estado en su art. 67.I, señala que: “...todas las personas adultas mayores tienen derecho a una vejez digna, con calidad y calidez humana”; así como también el art. 68.II de la Constitución: “...prohíbe y sanciona toda forma de maltrato, abandono, violencia y discriminación a las personas adultas mayores”; por su parte, el art. 7.7 del Pacto de San José de Costa Rica, dispone que nadie será detenido por deudas; así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 11, señala que: “Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

La accionante estima vulnerados los derechos de su representada a la libertad física y de locomoción, sin citar la norma constitucional que los contiene.

I.1.3. Petitorio

Solicita que “se ponga en alto la supresión de la libertad física o derecho de locomoción” de Nieves Solano Condori y se ordene inmediatamente la entrega de la misma a sus familiares.

I.2. Audiencia y Resolución del Juez de garantías

Celebrada la audiencia pública el 2 de septiembre de 2009, según consta en el acta cursante de fs. 17 a 18 de obrados, se produjeron los siguientes actuados.

I.2.1. Ampliación de la acción

La accionante, a través de su abogado, reiteró el tenor de su demanda y ampliando la misma señaló que, los costos de los tratamientos en la referida Clínica han sido inflados, donde aparentemente su representada hubiera sido atendida por varios médicos, por quienes en realidad no fue asistida; sin embargo, están cobrando por honorarios; no obstante que, el SOAT pagó el 80% de los gastos a consecuencia del accidente de tránsito; si bien por la privación de libertad, podía acudir a la vía ordinaria, conforme al art. 292 del Código de Procedimiento Penal (CPP), pero ello implica costos y tiempo.

I.2.2. Informe de la persona demandada

Carmen Yolanda Morales de Jiménez, Directora General de la Clínica “Dr. Luis Morales Arnez”, a través de su abogado, en audiencia refirió lo que sigue: a) Freddy Teófilo Rojas Ricaldes, es quien atropella a la madre y representada de la accionante, pero aparece como “accionante” y una vez que se le pasó la cuenta ya no se presentó en la Clínica, para pagar el excedente que no pudo ser cubierto por el SOAT; b) Si consideraban que los montos fueron excesivos debieron acudir a la institución aseguradora, en este caso a Credinform, para verificar si los precios realmente fueron exagerados; y, c) No se ha negado la salida a la representada de la accionante, sino lo que se pidió es que la persona que protagonizó el accidente, en este caso Freddy Teófilo Rojas Ricaldes, responda por el saldo de los costos que excedieron a la cobertura del SOAT.

I.2.3. Resolución

El Juez Cuarto de Sentencia del Distrito Judicial de Cochabamba, constituido en Juez de garantías, por Resolución de 2 de septiembre de 2009, cursante de fs. 18 a 19, “concedió” la tutela, disponiendo la restitución inmediata de la libertad de Nieves Solano Condori; aclarando que la demandada podría ejercitar su derecho de cobro acudiendo a la vía llamada por ley.

Resolución que fue pronunciada con los siguientes fundamentos: 1) Se ha lesionado el derecho a la libertad individual y de locomoción de la representada de la accionante, por cuanto los centros de salud públicos o privados no tienen respaldo legal que les faculte a retener a un paciente por no cubrir gastos que demanden su curación, más al contrario existen normas que prohíben su retención, así los arts. 6 de la Ley de Abolición de Prisión y Apremio Corporal por Obligaciones Patrimoniales (LAPACOP), concordante con el 1466 del Código Civil (CC), normativa respaldada por los tratados y convenios internacionales; y, 2) Al haber sido detenida en una Clínica, igualmente han sido afectados los derechos civiles previstos por los arts. 21.7 y 23. I y III de la Constitución Política del Estado (CPE).

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

Dada la carga procesal, mediante la Ley 040 de 1 de septiembre de 2010, se ampliaron las facultades otorgadas a este Tribunal a través de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, a objeto de conocer y resolver las acciones de defensa de derechos fundamentales, presentadas a partir del 7 de febrero de 2009; es decir, bajo el nuevo orden constitucional; por lo que, mediante Acuerdo Jurisdiccional 001/2011 de 11 de enero, se procedió a la reanudación del sorteo de causas.

II. CONCLUSIONES

De la revisión y compulsas de los antecedentes que cursan en obrados, se establece lo siguiente:

II.1. Por informe técnico circunstanciado en conclusiones de la División de Accidentes del Organismo Operativo de Tránsito, se establece que Nieves Solano Condori de 78 años de edad, fue atropellada en un hecho de tránsito signado con el caso 1483/09, por Freddy Teófilo Rojas Ricaldes, el 16 de agosto de 2009, siendo internada en la Clínica “Dr. Luis Morales Arnez” (fs. 8).

II.2. Freddy Teófilo Rojas Ricaldes, protagonista del hecho de tránsito, el 18 de agosto de 2009, solicitó a “Credinform International” S.A. Seguros y Reaseguros, la cobertura de gastos de la atención médica a favor de Nieves Solano Condori; seguro que cubre hasta el monto convenido en la póliza y certificado SOAT 2273138 (fs. 7).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La accionante denuncia que su representada se encuentra ilegalmente privada de libertad, puesto que no obstante haber sido dada de alta en la Clínica “Dr. Luis Morales Arnez” luego de haber sido atropellada en un accidente de tránsito, está siendo ilegalmente detenida por la Directora de ese nosocomio hasta que no se pague el excedente no coberturado por el SOAT. En consecuencia, corresponde en revisión, verificar si tales extremos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela solicitada.

III.1. Finalidad de la acción de libertad

Al respecto resulta oportuno remitirse a lo establecido sobre el tema por este Tribunal, así la SC 0141/2010-R de 17 de mayo, entre otras, señaló que: *“El recurso de hábeas corpus, previsto por el art. 18 de la CPEabrg, hoy acción de libertad, dispuesto en el art. 125 CPE, textualmente señala: 'Toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de libertad personal, podrá interponer Acción de Libertad y acudir, de manera oral o escrita, por sí o por cualquiera a su nombre y sin ninguna formalidad procesal, ante cualquier juez o tribunal competente en materia penal, y solicitará que se guarde tutela a su vida, cese la persecución indebida, se restablezcan las formalidades legales o se restituya su derecho a la libertad', acción que conlleva, un triple carácter: preventivo, correctivo y reparador, reforzando su carácter de acción de defensa oportuna y eficaz no sólo como acción destinada a proteger los derechos de libertad y de locomoción, ahora también el derecho fundamental a la vida cuando está íntimamente ligada a aquellos, entendimiento conforme al desarrollado en la SC 0023/2010-R de 13 de abril, que respecto al derecho de locomoción señala '...dada la íntima relación que existe entre esos derechos, es posible tutelar también al último de los nombrados, en aquellos casos en los que el derecho de locomoción está vinculado directamente con la libertad física o personal, o con el derecho a la vida o la salud...'”.*

III.2. La acción de libertad contra hospitales o clínicas públicas o privadas: Presupuestos para la tutela cuando se aduce retención y/o detención ilegal por deudas a raíz de atención médica

III.2.1. Marco legal y jurisprudencial

A objeto de conocer los fundamentos constitucionales legales del justificativo de la tutela, resulta oportuno referirnos a los principios, valores y fines del Estado Plurinacional de Bolivia. Así, la dignidad es un valor donde se sustenta el Estado (art. 8.II de la CPE), siendo uno de los principales fines y funciones, garantizar el bienestar colectivo, y el acceso a la salud de sus habitantes (art. 9.2 y 5 de la CPE); asimismo, entre los derechos civiles establecidos por la Constitución, el art. 22, establece que: *“La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”.* Normas constitucionales que necesariamente deben ser tomadas en cuenta no sólo por las autoridades y funcionarios, sino también por los particulares, a objeto de vivir en armonía social.

Por su parte, el art. 6 de la LAPACOP, establece que: *“En los casos de obligaciones de naturaleza Patrimonial, el cumplimiento forzoso de las mismas podrá hacerse efectivo únicamente sobre el patrimonio del o de los sujetos responsables...”*, norma legal que guarda coherencia y no se contrapone a la Constitución Política del Estado vigente; asimismo, guarda coherencia con el art. 7.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se ha referido sobre el particular. Es decir, que en la legislación boliviana está prohibido el apremio o detención por obligaciones patrimoniales, a excepción de materia familiar y social por la finalidad de dichos procesos.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional es clara y uniforme al establecer que dicha previsión legal es extensible a los casos en que se retiene a una persona en un nosocomio por obligaciones patrimoniales, así por ejemplo la SC 1304/2002-R de 28 de octubre, señaló que: *“...nuestro ordenamiento jurídico no tiene inserta ninguna disposición que faculte a una autoridad que dirija un centro hospitalario a retener a un paciente por no cubrir los gastos que ha demandado su curación...”*.

Entendimiento que fue compatibilizado con el actual orden constitucional, a través de la SC 0074/2010-R de 3 de mayo, donde este Tribunal estableció que: *“...ningún centro hospitalario o de salud público o privado, debe retener a un paciente que no pueda cubrir los gastos que ha*

demandado su curación, toda vez que la norma prevé que las obligaciones de naturaleza patrimonial deben ejecutarse únicamente sobre el patrimonio del sujeto responsable, por tanto los nosocomios a través de sus unidades jurídicas, deberán constituir mecanismos legales que les permitan garantizar el cobro de la obligación, teniendo en cuenta la situación de indigencia, pobreza, beneficios, descuentos, programas asistenciales y otros promovidos por el Estado. Sin que este entendimiento signifique que, las instituciones de salud públicas y privadas puedan negarse a atender a los pacientes que acudan a dichas instituciones bajo ningún justificativo, lo contrario significaría lesionar el derecho fundamental a la vida, adherida a su componente esencial la salud” (las negrillas fueron añadidas).

III.2.2. En cuanto a la legitimación pasiva

En principio cabe dejar presente que por previsión del 126.I de la CPE, la acción de libertad puede ser interpuesta contra autoridades y funcionarios públicos y también contra personas particulares.

Con esta aclaración, se debe tener en cuenta que el director es la autoridad que tiene potestad sobre cuestiones que hacen a la naturaleza y finalidad de la institución, por ende, en caso de que algún médico o administrativo, así sea director o subdirector de área, coloque en un estado de retención ilegal de un paciente, es él quien tiene plenas facultades para disponer el cese de la misma. En ese sentido, este Tribunal a través de la SC 0667/2010-R de 19 de junio, reconduciendo tácitamente lo aseverado por la SC 0174/2010-R de 24 de mayo, respecto al rol del director de un hospital, en el Fundamento Jurídico III.5.1, señaló que: *“...el Director de un Hospital, sea privado o público, tiene el deber de verificar que en la Institución a su cargo no se susciten situaciones irregulares, restrictivas de los derechos de sus pacientes, responsabilidad que emerge de sus funciones y atribuciones propias de máxima autoridad de un Centro hospitalario, aún cuando no hubiese sido dicha autoridad quien dispuso o impidió la salida del Hospital de un paciente por razones estrictamente económicas, pues corresponde a dicha autoridad asumir la responsabilidad por los hechos que se susciten bajo su Dirección por parte del personal, y en su caso, al conocer una situación irregular lesiva de derechos, está en la obligación de corregirlos o subsanarlos, lo que no ocurrió en el presente caso”.*

Por ello resulta oportuno establecer ciertos presupuestos que conlleven a optimizar la reparación de derechos del agraviado; lo cual significa reconocer el derecho que tiene de acudir ante el director del hospital, como máxima autoridad para hacer conocer su ilegal retención; de tal manera que ésta autoridad dé una solución a través de la repartición pertinente, sea el departamento jurídico, social o contable, dirección médica, administrativa o financiera, según corresponda, a objeto de que se garantice, afiance, o se pacte un plan de pagos, aplicando descuentos u otros beneficios, etc.; de conformidad a las normas generales y/o internas de la institución, puesto que todo centro de salud, tiene como objetivo procurar la protección de la salud y la vida del ser humano, y en su actuación se sujetan a las normas jurídicas que regulan dicha actividad, por ende, no pueden desconocerse los principios que sustentan el nuevo Estado Plurinacional, entre ellos el de solidaridad, que tendrá que primar en los casos de pacientes de escasos recursos.

Ahora, si pese a ello, a haber acudido ante el director del centro médico, esta autoridad no brinda una solución inmediata, y persiste la retención y consiguiente restricción al derecho a la libertad personal y de locomoción, se abre la tutela que brinda la acción de libertad. En este caso, la legitimación pasiva, no sólo recae contra el médico que atendió al paciente o el administrativo quien hubiere dispuesto la retención y/o niegue dar el alta, o estando la misma otorgada, se niegue la salida del paciente; sino, principalmente contra el director del hospital, porque habiendo acudido ante él a objeto de que determine su situación de interno o paciente, no ha dado solución a la restricción a su libertad física y de locomoción.

III.2.3. Presupuestos para que proceda la acción de libertad

Siendo los razonamientos jurídicos, bastante claros en sentido de que jurídica y humanamente es reprochable retener a un ser humano por obligaciones patrimoniales, sobre todo en casos sensibles referidos al restablecimiento de la salud; empero, partiendo de un equilibrio, también es reprochable que a través de la acción de libertad, se logre la finalidad pero se eluda el pago de los gastos provocados en recuperar la salud; puesto que esta situación podría generar un desequilibrio y distorsión de la finalidad de la acción tutelar de derechos fundamentales.

En consecuencia, corresponde establecer presupuestos para que proceda la acción de libertad en estos casos; de tal manera que deberá tenerse en cuenta que:

a). El paciente agraviado -u otro a su nombre- debe acudir a la unidad correspondiente, sea administrativa, legal y/o social, haciendo conocer su situación de insolvencia, y la procura del pago según los planes o beneficios, descuentos, programas asistenciales, y otros, que le permitan cumplir su obligación; o alternativamente, puede acudir directamente ante el director del centro hospitalario o clínica, en el mismo sentido, haciendo conocer su situación, su insolvencia y voluntad de pagar, solicitando se restablezca su derecho a la libertad, restringida o afectada por la retención y condicionamiento impuesto.

b) En caso de persistir el agravio; es decir, de no haberse definido en un plazo no mayor a veinticuatro horas, la modalidad de honrar la obligación y continuar la retención condicionada al pago; se activa la jurisdicción constitucional a través de la acción de libertad, la cual debe ser dirigida contra el director del nosocomio, dado que es él quien tiene facultades para hacer cumplir el fallo constitucional ante una otorgación de tutela, como también asume la responsabilidad en caso de disponerse el pago de costas, daños y perjuicios, y la responsabilidad penal inclusive en su calidad de máxima autoridad responsable de los efectos de su gestión. No obstante, en caso de que la acción no sea dirigida contra él, igualmente corresponde la admisión de la misma, debiendo procederse también a su citación para que en su calidad de director tome conocimiento y repare la lesión denunciada.

III.3. Análisis del caso concreto

En el caso de estudio, se evidencia que la acción de libertad fue interpuesta contra la demandada Directora y propietaria de la Clínica "Dr. Luis Morales Arnez", quien tiene legitimación pasiva para responder por la supuesta retención de la paciente Nieves Solano Condori, retención que supuestamente sería por la falta de pago por los servicios prestados de esa Clínica a dicha paciente, a consecuencia de haber sido atropellada en un accidente de tránsito; no obstante, haber sido dada de alta, puesto que si bien el SOAT pagó el 80% de la prestación, existiría un saldo que debe necesariamente ser pagado por el que protagonizó el hecho.

De lo descrito precedentemente se establece que, la demandada al haber impedido a la representada de la accionante dejar el centro hospitalario por falta de pago del excedente que no fue coberturado por el SOAT, respecto a las prestaciones por accidente de tránsito, ha privado ilegalmente a esta persona de su derecho a la libertad física y de locomoción; por cuanto si bien conforme señala el art. 23.I de la CPE: "Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal. La libertad personal sólo podrá ser restringida en los límites señalados por la ley, para asegurar el descubrimiento de la verdad histórica en la actuación de las instancias jurisdiccionales", precepto constitucional que determina que para restringir el derecho a la libertad personal de cualquier individuo, ésta debe estar prevista por ley; en el caso de estudio existen límites, los cuales están señalados por el art. 6 de la LAPACOP, disposición legal que establece como norma que en los casos de obligaciones de naturaleza patrimonial, el cumplimiento forzoso de las mismas podrá hacerse efectivo únicamente sobre el patrimonio del o de los sujetos responsables.

Ahora bien, cuando se retiene a pacientes que ya fueron dados de alta o que se condiciona el alta, exigiendo el pago por deudas derivadas del tratamiento y atención médica en hospitales y clínicas, públicas y privadas, no solamente se vulnera el derecho a la libertad física y de locomoción del paciente, objeto de tutela a través de la acción de libertad; sino también como efecto de ello igualmente se lesiona el derecho a la dignidad humana, entendida como: "...un conjunto de creencias, valores, normas e ideales que, de una manera u otra, asumen como postulado que hay

un valor intrínseco o una condición especial de lo humano, lo que implica que hay una forma de existir superior que de hecho está viviendo la gente. El respeto de todo ser humano, como un fin en sí, empieza por el respeto a la vida y al reconocimiento de los múltiples derechos en los que se despliega su dignidad, lo que presupone el reconocimiento de su derecho a la existencia. De tal forma, se puede afirmar categóricamente que el derecho a la dignidad humana es aquel que tiene toda persona por su sola condición de 'humano', para que se la respete y reconozca como un ser dotado de un fin propio, y no como un medio para la consecución de fines extraños, o ajenos a su realización personal. La dignidad es la percepción de la propia condición humana, y de las prerrogativas que de ella derivan" (SC 0338/2003-R de 19 de marzo); que si bien no es un derecho tutelable de manera individual o independiente por esta acción tutelar, no es menos cierto que está condicionada a la naturaleza humana, y no por ello se puede desconocer o pasar por alto la lesión a este derecho, como lógica consecuencia de la forma de violación al referido derecho, al retener a una persona como si fuese una prenda u objeto.

En este caso, la paciente retenida es una persona adulta mayor que goza de protección especial, así el art. 68.II de la CPE, prohíbe y sanciona toda forma de maltrato, abandono, violencia y discriminación a las personas adultas mayores, señalando de la misma manera el art. 67.I de la Ley Fundamental, que además de los derechos reconocidos en la norma constitucional, todas las personas adultas mayores tienen derecho a una vejez digna, con calidad y calidez humana; por ello resulta inaceptable, que un hospital o clínica que por su naturaleza y finalidad que es la protección de la salud de las personas y por ende la vida de las mismas, tenga que retener a sus pacientes cuando éstos no pueden pagar, por distintas circunstancias, los servicios prestados por esos nosocomios; consiguientemente, dichas instituciones deben establecer mecanismos de cobro, pero en ninguna circunstancia retener a los pacientes, por cuanto no sólo se lesiona su derecho a la libertad personal o de locomoción, sino también el derecho a la dignidad humana, derecho éste que si bien -como se dijo- no está bajo la tutela de la acción de libertad; empero, no es menos evidente que también resulta lesionado.

En el caso presente, como se tiene expresado, la ilegal retención de Nieves Solano Condori en la Clínica "Dr. Luis Morales Arnez", fue a consecuencia de que el SOAT solamente cubrió el 80% de los gastos emergentes de la atención médica e internación de la representada de la accionante; en consecuencia, la Directora de la referida Clínica, ahora demandada, ha lesionado el derecho a la libertad individual y de locomoción de la paciente Nieves Solano Condori, así como ha vulnerado su derecho a la dignidad humana, al haber retenido a dicha paciente en sus instalaciones pretendiendo obligar al pago de la deuda por asistencia médica, por lo que corresponde conceder la tutela que brinda la acción de libertad, acción de defensa que está establecida por la Constitución para proteger a toda persona que se creyere ilegalmente restringida o suprimida de su libertad personal y de locomoción, por actos de funcionarios públicos, así como de personas particulares.

Finalmente, en cuanto a Freddy Teófilo Rojas Ricaldes, que también tiene la calidad de representado de la accionante, cabe señalar que tanto en la demanda como en audiencia, no se hace expresión de agravios que amerite otorgar la tutela solicitada; no obstante, de la revisión de antecedentes, se constata que es la persona que conducía el motorizado que protagonizó el hecho de tránsito; empero, en ningún momento se ha acreditado que haya estado retenido en el centro de salud por cuestiones de deudas patrimoniales; por lo que, sin ingresar en mayores consideraciones, corresponde denegar la tutela respecto a ésta persona.

Por lo expresado precedentemente, la situación planteada se encuentra dentro las previsiones y alcances de la acción de libertad, por lo que el Juez de garantías, al haber "dispuesto la restitución inmediata de la libertad" de la representada de la accionante, ha efectuado una adecuada compulsión de los antecedentes procesales, y dado una correcta aplicación a esta acción tutelar.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confiere el art. 3 de la Ley 040 de 1 de septiembre de 2010, que modifica el art. 4.I de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, en revisión, resuelve:

1º APROBAR la Resolución de 2 de septiembre de 2009, cursante de fs. 18 a 19, dictada por el Juez Cuarto de Sentencia del Distrito Judicial de Cochabamba; y en consecuencia, con los fundamentos expuestos, CONCEDER la tutela solicitada sólo respecto a Nieves Solano Condori.

2º En caso de que no se hubiera ya fijado un acuerdo o acudido a la vía legal para el pago de lo adeudado, se dispone que la accionante procure el medio de pago, beneficios o exención si corresponde, por cuanto la acción de libertad si bien restaura el derecho vulnerado, no exime la responsabilidad contraída con la persona o entidad demandada.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No intervienen el Decano, Dr. Abigael Burgoa Ordóñez; y el Magistrado, Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés, ambos por ser de voto disidente.

Fdo. Dr. Juan Lanchipa Ponce

PRESIDENTE

Fdo. Dr. Ernesto Félix Mur

MAGISTRADO

Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños

MAGISTRADA

BOLIVIA- Sentencia 5

2. La protección de los bienes de los menores de edad frente a la usucapión

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0773/2011-R

Sucre, 20 de mayo de 2011

Expediente: 2009-19838-40-AAC

Distrito: Chuquisaca

Magistrado Relator: Dr. Abigael Burgoa Ordóñez

En revisión la Resolución pronunciada dentro de la acción de amparo constitucional, interpuesta por Cecilia Zamira Nacif Suárez contra Rosario Canedo Justiniano, Julio Ortiz Linares y Hugo Roberto Suárez Calbimonte, Ministros de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la acción

I.1.1. Hechos que la motivan

Por memorial presentado el 7 de mayo de 2009, cursante de fs. 135 a 142 vta., la accionante manifiesta que cuando aún era menor de edad, en 1991, su padre adquirió a su favor, un lote de terreno del entonces Banco BIG-BENI S.A., compra a plazos que se terminó de cancelar en 1994, suscribiéndose la minuta definitiva correspondiente; sin embargo, de acuerdo a los antecedentes de anteriores ventas, el lote 22, que inicialmente consignó como colindante al lado este a Oswaldo Salvatierra, en las sucesivas transferencias se invirtió dicha colindancia al lado oeste y se omitió señalar el número de lote, de tal forma que dichas colindancias correspondían al lote 23, error que se mantuvo hasta llegar a la venta que se hizo a su favor, motivo por el cual, el año 1991, en lugar de posesionarse en el lote 22, lo hizo en el lote 23, no obstante, no fue perturbada por nadie y tampoco por Luis Alberto Ríos de la Barra, Gema y Germán Ríos Aranibar ni sus representantes legales, quienes jamás realizaron ningún acto de posesión desde que adquirieron el terreno en el año 1984 y si durante el tiempo transcurrido hubiesen realizado algún acto que denote su interés por el terreno de su propiedad, hubiese podido solucionarse el conflicto con una permuta de los lotes 22 y 23, lo cual no es factible porque el lote 22, por estar baldío, fue adjudicado a un tercero por la Alcaldía Municipal de Trinidad, en marzo de 2004.

En octubre de 2004, veinte años después, pretendieron reivindicarlo judicialmente, mediante una demanda ordinaria, la que fue tramitada con la reconvencción que interpuso por usucapión ante el Juzgado Tercero de Partido en lo Civil de la ciudad de Trinidad, cuyo resultado final fue el Auto Supremo 299/08 por el cual, la Sala Civil de la Corte Suprema, casó el Auto de Vista y declaró probada la demanda de reivindicación e improbada la reconvencción que interpuso por usucapión; resolución que no contiene una exposición coherente ni ordenada, por cuanto no explica las razones por las cuales se declaró probada la demanda e improbada su reconvencción de usucapión, como tampoco explica con claridad la valoración de la prueba, pues el referido Auto Supremo no valoró la confesión espontánea que contiene la contestación de la reconvencción en la que los actores admitieron que se encuentra en posesión del terreno desde 1991 y que no cuestionaron los documentos que presentó con la demanda reconvenccional conforme exige el art. 346 del Código de Procedimiento Civil (CPC), lo cual además de ser una confesión implica una presunción judicial al tenor del art. 1320 del Código Civil (CC). Tampoco se consideró la prueba pericial que establece que la construcción que edificó tiene una antigüedad de más de diez años y si bien dicha prueba está sujeta a la sana crítica, pero debió ser considerada y explicar las razones por las cuales no se le otorgó valor probatorio. Lo propio ocurrió con la prueba testifical que en forma conteste y uniforme determinó que está en posesión por más de diez años del inmueble y que nunca fue perturbada en la misma, ni consideraron la confesión presunta a la que se arriba a

partir de la inasistencia de los deferidos a confesar, en conformidad con lo dispuesto por el art. 424 del CPC. Consiguientemente la falta de consideración y valoración de toda la prueba relevante y pertinente, hace que el Auto Supremo impugnado carezca de fundamentación suficiente, de tal forma que no sabe las razones por las que el Tribunal de casación no consideró la prueba producida por su parte.

Asimismo, la accionante señala que el Auto Supremo 299, ahora impugnado, vulneró el art. 1493 del CC., al concluir que el plazo de la usucapión no corre para los menores de edad, interpretación que es arbitraria al limitarse únicamente al sentido literal, omitiendo interpretar en forma sistemática basada en el contexto porque no hizo una interpretación teleológica de la norma, que responde a su finalidad, pues los Ministros demandados aplicaron dicha norma legal dando a entender que la prescripción y la usucapión constituyen la misma figura, que si bien son similares no son técnicamente lo mismo porque la prescripción es el modo por el cual, a través del transcurso del tiempo, se extingue un derecho subjetivo por el efecto de la falta de ejercicio de su titular, mayormente derechos de crédito, mientras que la usucapión tiene lugar a favor de quien ha ejercido la posesión efectiva, aún de mala fe, de una cosa inmueble capaz de ser adquirida por particulares y en forma continuada por el tiempo que la ley establece, es decir que el efecto directo de esta figura es la adquisición de la propiedad por parte del usucapiente y como efecto indirecto conlleva la pérdida o extinción del derecho de propiedad por parte del anterior propietario. En consecuencia, el transcurso de la prescripción sólo puede comenzar útilmente desde el momento en que el titular del derecho pueda hacerlo valer, en cambio, el transcurso de la usucapión, desde que en otro surja la posesión del derecho de propiedad, por lo que el art. 1493 del CC., no es aplicable a la usucapión.

Refiere además, que los demandados al concluir que la usucapión no corre para los menores de edad, no tomaron en cuenta que por regla general, todos los derechos prescriben cuando su titular no los ejerce por cierto tiempo, siendo la excepción a la regla, los derechos indisponibles y los que la ley señala en casos particulares y el derecho propietario, es enajenable por naturaleza, además que en ninguno de los casos previstos por el art. 1502 del CC., está que la prescripción no corre hasta la mayoría de edad, y tampoco existe una norma que establezca que el plazo de diez años no corre para los menores de edad, menos que éstos estén impedidos de ejercer su derecho propietario y la posesión, o accionar judicialmente por la reivindicación o de ejercer la acción negatoria; consiguientemente, no corresponde como lo hicieron los Ministros demandados, relacionar lo dispuesto por el art. 1493 del CC., con la capacidad de obrar de la que carecen los menores de edad, dado que si la norma establece desde que el derecho ha podido hacerse valer, de ninguna manera establece por sí mismos, puesto que todo menor de edad puede ejercer perfectamente un derecho propietario a través de sus representantes legales, conforme dispone el art. 5.II del CC y conforme manda el art. 265 del Código de Familia (CF), los padres administran los bienes de los hijos y los representan en los actos de la vida civil; en suma los Ministros demandados interpretaron erróneamente los arts. 1493 y 4 del CC, creando una norma distinta a la interpretada.

La accionante indica también que el Auto Supremo que motiva la presente acción tutelar, al señalar que los documentos aparejados se refieren al lote 22 y no al 23 que se encuentra en litigio y que por ende no probó estar en posesión del mismo durante más de diez años, no se percató que estuvo en pacífica posesión del lote 23 y que la documentación se refiere precisamente a dicho lote. Asimismo, dieron valor legal a un documento presentado por la otra parte, consistente en una fotocopia que no cumple las exigencias del art. 1296.I del CC, porque no se demostró cómo fue obtenida al no existir una orden judicial o de autoridad competente para su legalización y el Director del Servicio Departamental Agropecuario no es el funcionario competente para dicha legalización al no ser depositario de los originales; sin embargo, las autoridades demandadas dieron pleno valor probatorio a dicha fotocopia.

Agrega que la declaración del testigo Crispín Moye Guajim, fue parcialmente valorada y no fue analizada en su integridad, pues no se consideró que declaró que antes de que él ingresara a vivir en el terreno, su persona ya se encontraba en posesión del mismo, pues debió valorarse ésta con las demás pruebas.

Finaliza señalando que, los Ministros demandados no cumplieron con la labor de realizar una valoración conjunta, limitándose a extraer un solo hecho aislado basándose en un documento que carece de valor probatorio para concluir que no probó estar en posesión por diez años, por lo que interpone la presente acción tutelar para que se restituyan sus derechos.

I.1.2. Derechos y garantía supuestamente vulnerados

La accionante considera vulnerados sus derechos a la justicia, a la igualdad, a la “seguridad jurídica” y la garantía del debido proceso, citando al efecto los arts. 14 de la CPE y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

I.1.3. Petitorio

Solicita que se le conceda el amparo constitucional restableciendo sus derechos vulnerados, con responsabilidad civil de las autoridades recurridas y condenación de costas, disponiéndose la nulidad del Auto Supremo 299 de 10 de diciembre de 2008, dictado por los Ministros de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, quienes deberán dictar nueva Resolución de acuerdo a los fundamentos del fallo que pronuncie el Tribunal de garantías, a cuyo efecto deberá ordenarse al Juez de Partido Tercero en lo Civil de Trinidad la remisión de obrados a la Corte Suprema.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

En la audiencia pública de amparo efectuada de 20 de mayo de 2009, según consta en el acta cursante de fs. 171 a 173 vta., se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción

La accionante a través de su abogado, ratificó y reiteró los fundamentos del memorial de amparo.

Refiriéndose a lo expresado en el informe de las autoridades demandadas señaló que si bien la Corte Suprema es la última instancia en materia ordinaria, pero cuando se violan derechos y garantías fundamentales en la tramitación de los procesos, abre su competencia la jurisdicción constitucional, conforme establece la SC 85/2006-R, para revisar los actos de la jurisdicción ordinaria y en el caso que se analiza los Ministros demandados incumplieron las reglas de interpretación, toda vez que se limitaron a realizar solo una interpretación gramatical del art. 1493 del CC, omitiendo una interpretación sistémica de las normas del Código Civil vinculadas al Código de Familia, toda vez que al casar el Auto de Vista ahora impugnado, realizaron la valoración de la prueba de manera incorrecta, omitiendo hacerlo integralmente, limitándose a una valoración parcial de pruebas esenciales que se produjeron, como es la confesión provocada, el informe pericial y testifical, incumpliendo de esta forma lo dispuesto por el art. 397 del CPC. No tuvieron en cuenta que en el proceso civil nunca se alegó la posesión civil y que se acreditó por todos los medios a su alcance la posesión de hecho desde 1991, conforme al art. 105 del CC.

Respecto a no haberse solicitado complementación del Auto Supremo, no es un recurso porque solo corrige aspectos accesorios y no modifica cuestiones de fondo. Consiguientemente, no corresponde que las partes a través de ese medio pretendan revertir el fallo.

I.2.2. Informe de las autoridades demandadas

Los Ministros de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, ahora demandados, a través del informe escrito cursante de fs. 168 a 170 vta., leído en audiencia, señalaron que: a) La acción de amparo constitucional no constituye otra instancia dentro del proceso ordinario para satisfacer finalidades que difieran de la protección inmediata de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, en la que se pretenda salvar los errores u omisiones procedimentales atribuibles a las partes, no observados en su oportunidad en la tramitación del proceso y ante los jueces de grado, ni es el medio idóneo para valorar nuevamente la prueba documental pericial y testifical; b) El Auto Supremo 299 de 10 de diciembre de 2008, que les correspondió emitir, casó el Auto de Vista recurrido 126/05 de 12 de agosto de 2005 y declaró probada la demanda de reivindicación y acción negatoria seguida por Luis Alfredo Ríos de la Barra, Germán y Gema Elvira Ríos Aranibar e improbadamente la reconvencción por usucapión planteada por la accionante; fallo que responde con exhaustividad y congruencia a los puntos que fueron objeto de impugnación en la casación interpuesta y que ahora la accionante pretende nueva valoración de la prueba producida dentro del

proceso ordinario, sin precisar en qué consiste la supuesta infracción de los derechos y garantías aludidas; c) No es evidente que el Auto Supremo impugnado carezca de exhaustividad, fundamentación y motivación, por cuanto se pone fin al proceso ordinario de reivindicación y acción negatoria que fuera reconvenido por usucapión, aplicándose objetivamente las disposiciones legales en que se sustenta, disponiendo la inmediata restitución del bien objeto del proceso a sus propietarios, sin lugar a la usucapión planteada por la accionante, quien no demostró la posesión libre, continuada, pacífica, pública e ininterrumpida por el tiempo de diez años, como exige el art. 138 del CC; d) La accionante, lejos de probar el fondo de la vulneración de los derechos y garantías constitucionales que indica, desnaturaliza el objeto y la finalidad del amparo constitucional, buscando la nulidad del Auto Supremo 2999 de 10 de diciembre de 2008, pretendiendo la usucapión del lote de terreno sobre el que nunca tuvo posesión civil, y tal como confiesa en el propio memorial, por error en las colindancias consignadas en el documento de transferencia a su favor, en anteriores tradiciones de dominio del mismo inmueble se asentó y posesionó en el lote 23 y no en el 22 y contradictoriamente señala que se posesionó en 1991 y 12 de octubre de 1994; y, e) La accionante no planteó la complementación y explicación del Auto Supremo ahora impugnado, a objeto de que en el supuesto no consentido, de haberse incurrido en algún error material o se aclare algún concepto oscuro, por lo que dicho fallo quedó ejecutoriado y no es posible que a través del amparo constitucional se pretenda suplir esa omisión.

I.2.3.Resolución

A través de la Resolución 129 de 20 de mayo de 2009, cursante de fs. 174 a 180, la Sala Penal de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca, constituida en Tribunal de garantías, concedió la tutela solicitada, dejando sin efecto el Auto Supremo 299/08 de 10 de diciembre de 2008 y dispuso que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, emita una nueva resolución sin esperar turno ni efectuar nuevo sorteo, subsanando los defectos y omisiones establecidos en la resolución de amparo. La indicada resolución se basó en los siguientes fundamentos: 1) Se advierte en el Auto Supremo impugnado, la ausencia de respuesta clara, precisa, positiva y exhaustiva de los puntos objeto de la litis que fueron discutidos a los largo del juicio, ausencia de motivación que deviene en infracción al debido proceso y esencialmente al derecho a la seguridad jurídica, toda vez que la demanda fue interpuesta por negatoria de derecho propietario y restitución de inmueble, la reconvenición respecto a la usucapión decenal extraordinaria, pero el fallo resolvió aspectos que inclusive no formaron parte de la relación procesal como es el tema de minoridad relacionada con la prescripción, con lo cual se conculca los principios de congruencia y pertinencia; 2) En cuanto al análisis y valoración probatoria testifical y documental, el Tribunal supremo se limitó a sostener que el Tribunal de segunda instancia no habría valorado acertadamente los elementos probatorios, confirmando valor probatorio pleno a una certificación consistente en una fotocopia sin legalización de ninguna índole, asignándole el valor que prevé el art. 1296 del CC, sin tomar en cuenta otros elementos probatorios, es decir sin realizar una valoración conjunta y armónica con el resto del elenco probatorio, consecuentemente las autoridades demandadas no evidenciaron objetivamente la prueba, incurriendo en errónea apreciación vulnerando el debido proceso; y, 3) Respecto a la interpretación de los arts. 1493 y 4 del CC, el Auto Supremo 299/08, no consideró que la minoridad a la que se refiere no fue un tema central de discusión en el juicio, incumpliendo con la labor de interpretación sistemática de las normas relacionadas al caso concreto, entre ellas el art. 138, con los arts. 265, 275 y 258 del CF, evidenciándose la vulneración de la seguridad jurídica y del principio de legalidad.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

Debido a la carga procesal, mediante Ley 040 de 1 de septiembre de 2010, se ampliaron las facultades otorgadas a este Tribunal a través de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, a objeto de conocer y resolver las acciones de defensa de derechos fundamentales presentadas a partir del 7 de febrero de 2009; es decir, bajo el nuevo orden constitucional; por lo que, por Acuerdo Jurisdiccional 001/2011 de 11 de enero, se procedió a la reanudación de sorteos.

II. CONCLUSIONES

De la revisión y compulsa de los antecedentes que cursan en obrados, se establece lo siguiente:

II.1. El 11 de octubre de 2004, Luis Alfredo Ríos de la Barra, Germán Ríos Aranibar y Gema Ríos Aranibar, presentaron demanda negatoria de derecho propietario y restitución del inmueble ubicado en la urbanización Trinidad (antes El Carmen), calle Serafín Rivero Egúez, mazo "B", Lote 23, dirigiendo la acción contra Cecilia Zamira Nacif Suárez, ahora accionante, quien por memorial presentado el 3 de noviembre de 2004, negó la demanda principal y reconvino planteando usucapión decenal o extraordinaria (fs. 5 a 44 vta.).

II.2. Con la respuesta a la demanda reconvencional y producidas las pruebas por ambas partes, el Juez Tercero de Partido en lo Civil y Comercial, emitió la Sentencia 150/2005 de 9 de junio, declarando improbadamente la demanda de reivindicación y acción negatoria y probada la demanda reconvencional de usucapión (fs. 49 a 78 vta.).

II.3. Contra la sentencia 150/2005, por memorial de 24 de junio, la apoderada de los demandantes Luis Alfredo Ríos de la Barra, Germán Ríos Aranibar y Gema Ríos Aranibar, interpuso recurso de apelación argumentando que demostraron haber tenido posesión del lote de terreno 23 desde el 23 de mayo de 1985 y que la demandada demostró posesión sobre el terreno 22 y en el supuesto que hubiera tenido posesión sobre el terreno 23, no existiría razón para su reconvención de usucapión por la que pretende adquirir el derecho propietario del referido lote. Asimismo cuestionó la valoración defectuosa de las pruebas, así como también el que no se hubiese tomado en cuenta que sus representados eran menores de edad cuando la ahora accionante entró en posesión del inmueble motivo del proceso ordinario, es decir que al cumplir su mayoría de edad en abril de 1999 y junio de 2001, recién podían realizar actos de la vida civil y por ende a partir de ese momento corría el plazo para prescripción (fs. 79 a 83 vta.).

II.4. Mediante Auto de Vista 126/2005 de 12 de agosto, la Sala Civil de la Corte Superior del Distrito Judicial del Beni, confirmó en todas sus partes la sentencia 150/2005, con el argumento de que en los casos que prevé el art. 1502 del CC no está previsto el caso de la minoridad y que de acuerdo con el art. 556.II del citado Código, es atinente a la prescripción de la acción de anulación de los contratos y no de la prescripción adquisitiva y que no se demostró que el padre de los menores demandantes hubiera realizado actos de dominio sobre el lote de terreno motivo del proceso (fs. 86 a 88).

II.5. La apoderada de los demandantes, por memorial presentado el 25 de agosto de 2005, interpuso recurso de casación en el fondo y en la forma impugnando el Auto de Vista 126/2005 argumentando que dicha resolución es contradictoria al reconocer que sus mandantes son legítimos propietarios del inmueble y que pagaron impuestos por las gestiones 1991 y 1992, pero contradictoriamente se sostiene que no tuvieron posesión material sobre el bien, así también cuestionó el valor probatorio que se asignó a la declaración de uno de los testigos. De igual forma, se cuestionó la interpretación efectuada de los arts. 1502 y 546 del CC respecto a la prescripción en el caso de minoridad, además de reclamar de no haberse pronunciado sobre la falta de la debida fundamentación de la sentencia de primera instancia (fs. 89 a 95).

II.6. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante Auto Supremo 299 de 10 de diciembre de 2008, casó el Auto de Vista 126/2005, declarando probada la demanda principal e improbadamente la demanda reconvencional, disponiendo la inmediata restitución del inmueble objeto del proceso a favor de los demandantes, con el argumento de que al emitirse el Auto de Vista recurrido, no se desconoció que la posesión no es el elemento que configure la propiedad o dominio sino un efecto de éste. Asimismo, que el art. 149 del CC citado en la resolución impugnada se refiere a la propiedad de bienes muebles a la que puede acceder por usucapión el poseedor de mala fe, existiendo una sustancial diferencia entre la propiedad inmueble de mala fe, asimismo que no debió considerarse la declaración testifical contradictoria que prestó uno de los testigos, así como tampoco se consideró que en la fecha que la ahora accionante afirmó haber entrado en posesión, los propietarios del inmueble eran menores de edad y por consiguiente incapaces de hacer valer su derecho por sí mismos, por lo que no pudo iniciarse entonces del término de la prescripción (fs. 106 a 110).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La accionante considera vulnerados sus derechos a la justicia, a la igualdad, a la “seguridad jurídica” y la garantía del debido proceso, toda vez que las autoridades demandadas al resolver el recurso de casación interpuesto dentro del proceso ordinario de reivindicación seguido en su contra y la reconvencción que interpuso por usucapión del lote de terreno 23 de la Urbanización “El Carmen” del cual tomó posesión el año 1991 como emergencia de un error de colindancias, pronunciaron el Auto Supremo 299/2008 casando el Auto de Vista impugnado y declarando probada la demanda e improbadamente la excepción de usucapión: i) Valorando indebidamente la prueba documental y testifical producida en el proceso; y, ii) Interpretando incorrectamente el art. 1493 del CC al relacionarlo con el art. 4 del mismo cuerpo legal, concluyendo que el plazo de la usucapión no corre para los menores de edad, limitándose al sentido literal de las palabras sin efectuar una interpretación teleológica de la norma, dando a entender que esa figura es igual a la prescripción y por ende son aplicables a la usucapión las normas que regulan la prescripción. En revisión, corresponde analizar si el amparo constitucional cumple con los requisitos para ingresar al análisis de la problemática planteada y en su caso, si los actos denunciados ameritan conceder la tutela solicitada.

III.1. En cuanto a los principios que guían la interpretación constitucional respecto a los derechos humanos de grupos vulnerables

El Tribunal Constitucional así como los Tribunales de garantías, en su labor de verificar si los actos denunciados de ilegales efectivamente han lesionado derechos fundamentales o las garantías constitucionales de los accionantes, deben tener en cuenta que las reglas de interpretación tienen como finalidad la razonabilidad y la coherencia y la exención de la arbitrariedad. En este contexto, aparte de los cuatro métodos de interpretación desarrollados por Savigny, entre los principios de la interpretación constitucional, están los de unidad de la Constitución, de concordancia práctica o de equilibrio moderado y de interpretación conforme a la Constitución.

De acuerdo a Peter Haberle, también debe considerarse como principio de interpretación constitucional al de interpretación favorable a los derechos de la Ley fundamental, así como el derecho comparado, especialmente en el campo de los derechos fundamentales (Peter Haberle, Interpretación Constitucional. Un Catálogo de Problemas, pág. 34 y ss).

Siguiendo esta línea de razonamiento, Néstor Pedro Sagués aporta a la doctrina el criterio de la preferencia interpretativa, estableciendo que siempre debe buscarse el entendimiento que más optimice un derecho constitucional, basándose para ello en los principios de interpretación de los derechos como el pro homine, interpretación progresiva, favor libertatis y favor debilis.

En ese contexto, para la interpretación de las normas constitucionales, si bien deben considerarse los criterios expresamente señalados en el art. 196.II de la CPE, como la voluntad del constituyente y el tenor literal del texto, deben tomarse en cuenta- fundamentalmente en la interpretación de derechos fundamentales- otras normas constitucionales que establecen el principio de interpretación conforme a los tratados internacionales, previsto en los arts. 13.IV y 256 de la CPE, normas que llevan implícitas el reconocimiento de los principios de favorabilidad y de progresividad.

Siguiendo este razonamiento, la Constitución Política del Estado Plurinacional reconoce una diversidad de derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos, teniendo en cuenta que estas normas fundamentales no solamente rigen las relaciones entre iguales, sino que tiene como finalidad el proteger a los ostensiblemente más débiles -mejor conocidos en la doctrina como grupos vulnerables- por lo que el Estado, mediante “acciones afirmativas” busca la materialización de la igualdad (que goza de un reconocimiento formal reconocida en los textos constitucionales y legales pero que en la realidad no se materializa) y la equidad, por lo que se establecen políticas que dan a determinados grupos sociales (minorías étnicas o raciales, personas discapacitadas, mujeres, menores de edad, adultos mayores) un trato preferencial en el acceso a determinados derechos -generalmente de naturaleza laboral- o distribución de ciertos recursos o servicios, así como acceso a determinados bienes, con el fin de mejorarles su calidad de vida y compensarles,

en algunos casos, por los perjuicios o la discriminación y exclusión de las que fueron víctimas en el pasado.

Por lo tanto las acciones afirmativas están orientadas a reducir o idealmente, eliminar las prácticas discriminatorias en contra de sectores poblacionales históricamente excluidos, mediante un tratamiento preferencial para los mismos, expresados en normas jurídicas y mecanismos políticos de integración encaminados para lograr tales fines, es decir, que se utilizan instrumentos de discriminación inversa que se pretenden que operen como mecanismos de compensación a favor de dichos grupos, pero siempre teniendo cuidado de que tales medidas sean razonables y que no generen otro tipo de exclusiones o dañen el núcleo de otros derechos fundamentales.

Sobre este tema la SC 993/2010-R de 23 de agosto, se refirió a la discriminación positiva, estableciendo que: "...se debe entender que una cosa es la igualdad supuesta que existe en los textos, tales como el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres en el texto constitucional; sin embargo, de esa igualdad formal, existe una igualdad material, que no es efectiva, porque las mujeres, los ancianos, y los niños o niñas, se encuentran materialmente en desventaja dentro de nuestra realidad social. Así pues, diremos que se entiende a la discriminación positiva, como el conjunto de normas políticas, sociales o económicas que se insertan dentro del ordenamiento jurídico, para así, tratar de reparar injusticias, que son producto de la misma sociedad y de su naturaleza. De esta forma se trata de encontrar un equilibrio mediante un marco legislativo; esto significa "tratar con desigualdad, en favor de un grupo que se encuentra en desventaja y por tanto en una situación desigual y desfavorable".

De esta manera, se intenta paliar una situación de injusticia que padece un determinado grupo en relación con otro que ostenta superioridad o ventaja con respecto al primero. Así, mediante mecanismos legales, se persigue con un trato discriminatorio y desigualitario, buscar una "igualdad". Debemos indicar que la igualdad, conlleva aspectos mucho más amplios que una simple concepción de la misma. Porque no puede existir igualdad de condiciones cuando existe predominio, superioridad o ventajas entre personas o grupos sociales. Por lo que la discriminación positiva, trata en su medida de equilibrar la balanza y dar oportunidades a los grupos menos favorecidos para que puedan estar en igualdad de condiciones.

Ahora bien, dentro del texto constitucional tenemos que el Estado reconoce derechos aplicables para determinados grupos sociales, sin que tal medida implique un desconocimiento al valor de la igualdad de derechos que propugna nuestro texto constitucional, por el contrario, y como se explica líneas supra, tales derechos tienen como meta el lograr materializar la anhelada igualdad de oportunidades y de calidad de vida, entre todos los bolivianos, y en el caso específico de los menores de edad, del art. 58 al 61 se reconocen derechos definidos para la niñez, los adolescentes y jóvenes, en el que concretamente, el art. 60 de la Constitución textualmente afirma que: "Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna y con asistencia de personal especializado"; por lo que tenemos que el propio Estado se arroga un deber ineludible, que consiste en garantizar la prioridad de los intereses de los niños (as) y adolescentes, estableciendo claramente la preeminencia de sus derechos, lo que implica que este es un mandato de la Constitución para los administradores de justicia, para que tenga un especial cuidado cuando se traten de los derechos de menores de edad, los cuales son "superiores y preeminentes" ante los derechos de otras personas.

III.2. En cuanto a la denuncia de indebida valoración de la prueba

Con carácter previo a analizar la problemática planteada en el primer punto, cabe señalar que la jurisprudencia de este Tribunal de manera uniforme y reiterada, ha señalado que al conocer un recurso de amparo, -actualmente instituido por el art. 128 de la CPE como acción de amparo constitucional, no le corresponde a la jurisdicción constitucional valorar la prueba producida dentro de la sustanciación de un proceso, sea éste judicial o administrativo, por cuanto dicha atribución le corresponde privativamente a los órganos jurisdiccionales ordinarios, más no le corresponde esa labor a este Tribunal que no está facultado para pronunciarse sobre cuestiones que son de

exclusiva competencia de los jueces y tribunales ordinarios y menos puede revisar la valoración de la prueba que hubieran efectuado las autoridades competentes al efecto.

En ese sentido, la SC 1732/2004-R de 27 de octubre, expresó que: *"...al Tribunal Constitucional simplemente le corresponde analizar los actos procesales en los cuales pudo haber existido un acto ilegal u omisión indebida que lesione los derechos fundamentales de alguna de las partes, sin que pueda entrar a realizar valoraciones de fondo de la prueba o de los antecedentes producidos en la sustanciación del proceso judicial que dio lugar al amparo constitucional, ya que la valoración de la prueba y la definición del fondo del litigio corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios, puesto que la función de este Tribunal es la de procurar una tutela efectiva de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales y no a un pronunciamiento de fondo de los hechos..."*.

Por otra parte, si bien la jurisprudencia, estableció supuestos excepcionales en los que la jurisdicción constitucional puede revisar la labor de valoración de la prueba, únicamente cuando: *"...a) exista apartamiento de los marcos legales de razonabilidad y equidad previsibles para decidir; o, b) Cuando se haya adoptado una conducta omisiva expresada, entre otras, en no recibir, producir o compulsar cierta prueba inherente al caso y, su lógica consecuencia sea la lesión de derechos fundamentales y garantías constitucionales..."* (SC 0965/2006-R de 2 de octubre); dicha competencia se reduce, en ambos casos, conforme indicó la Sentencia referida: *"...a establecer la ausencia de razonabilidad y equidad en la labor valorativa o la actitud omisiva en esta tarea, pero en ningún caso a sustituir a la jurisdicción ordinaria examinando la misma"*.

III.3. En cuanto a la incorrecta interpretación acusada

La accionante denuncia que en la emisión del referido Auto Supremo 299/2008, los Ministros demandados hubieran interpretado incorrectamente el art. 1493 del CC al relacionarlo con el art. 4 del mismo cuerpo legal, concluyendo que el plazo de la usucapión no corre para los menores de edad, limitándose al sentido literal de las palabras sin efectuar una interpretación teleológica de la norma y que dio a entender que esa figura es igual a la prescripción y por ende son aplicables a la usucapión las normas que regulan la prescripción.

Antes de ingresar al análisis de la problemática planteada, es necesario precisar el marco conceptual, doctrinario y normativo que rige en la prescripción y en la usucapión.

III.3.1. Concepto y alcance de la prescripción y de la usucapión

Este Tribunal a través de la SC 0045/2007-R de 2 de octubre, que señaló: *"La prescripción, en general, es la figura jurídica por medio de la cual se adquieren derechos o se liberan obligaciones en virtud del transcurso del tiempo que la ley disponga; en el primer caso, se trata de la prescripción adquisitiva, y en el segundo, de la prescripción liberatoria o extintiva. Existe una espina dorsal común para estos institutos: todos despliegan la idea que sus pretensiones tardías son inadmisibles y que el sujeto pasivo de ellas puede repelerlas teniendo en cuenta la extemporánea reclamación del acreedor o del propietario negligente. El deudor puede enervar la tardía acción y el poseedor llegar a constituirse en propietario por la desaprensiva actitud del anterior titular.*

De acuerdo con la opinión de Pedro de Pablo Contreras ("Prescripción de las acciones reales y usucapión" en Cuadernos de Derecho Judicial, XIV, 1995, pág. 90), la prescripción adquisitiva o usucapión y la prescripción liberatoria o extintiva difieren por su objeto, por sus requisitos y por sus efectos. Por su objeto, porque la usucapión se refiere al dominio y a los derechos reales susceptibles de posesión, mientras que la prescripción extintiva se refiere a toda clase de derechos, tanto reales como personales; por sus requisitos, porque la prescripción extintiva se funda en un requisito de tipo negativo que es la conducta pasiva del titular del derecho, mientras que en la usucapión se exige, además, una conducta positiva del beneficiado, manifestada en la posesión de la cosa como si fuese propia durante el plazo fijado por la ley; y, finalmente, por sus efectos, porque la usucapión es un modo de adquirir derechos reales o de provocar un cambio en su titularidad mientras que la prescripción es una causa de extinción de los derechos y de las acciones. Entonces, en la prescripción -entendida exclusivamente como la extintiva o liberatoria-

hay pérdida de un derecho y en la usucapión, por el contrario, una adquisición. Debe puntualizarse que en la usucapión la actividad del poseedor debe conjugarse con la inactividad del propietario.

La usucapión no produce sus efectos de pleno derecho, de allí que el juez debe ser quien pronuncie resolución fundada en cada caso, de acuerdo a las pruebas que cada una de las partes aporte.

El Código Civil Boliviano, en su Título III (De la Propiedad); Capítulo II (De la Propiedad Inmueble), Sección III (De la Adquisición de la Propiedad Inmueble), la Subsección II regula el régimen de la usucapión de la siguiente manera:

“ARTICULO 134.- (USUCAPIÓN QUINQUENAL U ORDINARIA). Quien en virtud de un título idóneo para transferir la propiedad adquiere de buena fe un inmueble de alguien que no es su dueño, cumple la usucapión a su favor poseyéndolo durante cinco años contados desde la fecha en que el título fue inscrito.

ARTÍCULO 135.- (POSESIÓN VICIOSA). La posesión violenta o clandestina no funda usucapión sino desde el día en que cesan la violencia o clandestinidad.

ARTICULO 136.- (APLICABILIDAD DE LAS REGLAS SOBRE PRESCRIPCIÓN). Las disposiciones del Libro V sobre cómputo de causas y términos que suspenden e interrumpen la prescripción se observan en cuanto sean aplicables a la usucapión.

*ARTICULO 137.- (INTERRUPCIÓN POR PERDIDA DE LA POSESIÓN).
I. En particular, la usucapión se interrumpe cuando el poseedor es privado de la posesión del inmueble por más de un año.*

II. La interrupción se tiene como no ocurrida si dentro del año se propone demanda para recuperar la posesión y ésta es recuperada como consecuencia de aquella.

ARTICULO 138.- (USUCAPIÓN DECENAL O EXTRAORDINARIA). La propiedad de un bien inmueble se adquiere también por sólo la posesión continuada durante diez años.”

De lo anterior se establece que la usucapión en nuestro país constituye una forma de adquirir la propiedad mediante la posesión pacífica y continuada por el tiempo que la ley señala. Así, cuando la persona adquiere de buena fe un inmueble en virtud de título idóneo, de alguien que no es el propietario, y posee el mismo durante cinco años, desde la inscripción del título, puede adquirir la propiedad a través de la usucapión denominada ordinaria. También puede adquirirse la propiedad por la simple posesión continuada -e ininterrumpida- de diez años, lo que significa que en este caso no será necesaria la existencia del título idóneo que se exige para la posesión quinquenal. Lógicamente que en todos los casos la condición imprescindible es la posesión continuada y pacífica, dado que si la posesión fue violenta o clandestina, recién se computará el término para la prescripción adquisitiva desde el momento en que cesaren la violencia o la clandestinidad; a lo cual se suma el hecho que el cómputo de los plazos que el Código fija para la usucapión, sea quinquenal o decenal, se interrumpe cuando se interrumpe la posesión”.

De la jurisprudencia precedentemente glosada podemos concluir que la prescripción regulada por los arts.1492 y siguientes del CC, constituye una figura jurídica mediante la cual por el transcurso del tiempo se extingue un derecho como emergencia de su falta de ejercicio, es decir que ante la inactividad del titular del derecho durante el tiempo que prevé la ley, se extingue el derecho de ejercitar la acción legal para exigir el cumplimiento de la obligación. En este sentido, la citada norma está referida a la prescripción liberatoria o extintiva.

En cambio, la usucapión, figura prevista en el art. 134 del CC, constituye un modo a través del cual, se adquiere la propiedad de un bien por la posesión del mismo durante el tiempo que establece la ley, es decir que quien ha poseído durante cierto tiempo un bien mueble o inmueble adquiere un derecho propietario sobre el mismo; estaríamos en este caso ante la prescripción adquisitiva.

III.3.2. La usucapión respecto a bienes de menores de edad

En primer término, corresponde citar el art. 4 del CC modificado por la Ley 2089 de 5 de mayo de 2000, que establece: “I. La mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años cumplidos. II. El mayor de edad tiene capacidad para realizar por sí mismos todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas por la Ley”.

El menor de edad, goza de protección especial en cuanto a la administración de sus bienes, conforme ha instituido el Código de Familia (CF) en su art. 265 cuando señala que: “Los padres administrarán los bienes del hijo y lo representarán en los actos de la vida civil como más convenga al interés de éste. Uno de ellos puede asumir la administración y representación en los casos en que le corresponda ejercer por sí solo la autoridad sobre el hijo...”

En el mismo sentido protector al menor, el art. 266 del citado Código, dispone que: “No se puede enajenar o gravar con derechos reales los bienes inmuebles y muebles del hijo, sino cuando hay necesidad y utilidad comprobadas con autorización judicial.

Tampoco se puede renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas y condiciones, concertar divisiones y particiones, contraer préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres años, recibir la renta anticipada por más de un año, ni realizar otros actos que exceden de los límites de la administración ordinaria, sino cuando así convenga al interés del hijo y el juez conceda autorización.

Asimismo, no se podrá transigir, someter a compromisos arbitrales, ni formular desistimientos en juicio a nombre de menores, sobre intereses de ellos, si no es con autorización judicial.

La autorización del juez será especial para cada caso y se acordará con arreglo a lo previsto en la sección II, capítulo VIII, título II, libro cuarto del presente Código, salvo el caso del desistimiento en juicio, en que bastará la autorización del juez que conoce de la causa, con dictamen del respectivo fiscal de familia”.

Ahora bien, conforme se precisó en el Fundamento Jurídico III.3.1., si bien la usucapión es una figura diferente a la prescripción, sin embargo por expresa disposición del art. 136 del CC, las disposiciones del Libro V sobre cómputo de causas y términos que suspenden e interrumpen la prescripción se observan en cuanto sean aplicables a la usucapión. Partiendo de esta norma legal, y realizando una interpretación desde y conforme a la Constitución, en aplicación del principio “favoris debilis”, en cuanto a la protección reforzada reconocida a los menores de edad, además, tomando en cuenta que el menor por su condición se encuentra en desventaja procesal, y aunque no exista una norma expresa que establezca que el término de la usucapión no corre contra bienes de menores, se debe considerar que el art. 1502.6) del CC, que establece que no corre la prescripción en los casos establecidos por Ley y en el contexto establecido por el art. 266 del CF que prohíbe efectuar actos de disposición de los bienes de menores, salvo necesidad y utilidad comprobadas con autorización judicial, se debe entender que el cómputo del término de la usucapión de bienes de menores, debe iniciarse a partir del momento que el menor alcanza la mayoría de edad, interpretación que materializa los fines de la propia Constitución Política del Estado impone al Estado y protege los intereses de un grupo vulnerable como es el de los niños y menores de edad, por lo que esta es efectivamente una acción afirmativa.

III.4. Análisis del caso concreto

La accionante denunció que en la emisión del referido Auto Supremo 299/2008, los Ministros demandados interpretaron incorrectamente el art. 1493 del CC al relacionarlo con el art. 4 del mismo cuerpo legal, concluyendo que el plazo de la usucapión no corre para los menores de edad, limitándose al sentido literal de las palabras, sin efectuar una interpretación teleológica de la norma y que dio a entender que esa figura es igual a la prescripción y por ende son aplicables a la usucapión las normas que regulan la prescripción.

De la revisión de obrados, se tiene que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante Auto Supremo 299 de 10 de diciembre de 2008, casó el Auto de Vista 126/2005, declarando probada la demanda principal e improbadamente la demanda reconvenzional, disponiendo la inmediata restitución del inmueble objeto del proceso a favor de los demandantes, con el

argumento central que el art. 149 del CC citado en la resolución impugnada se refiere a la propiedad de bienes muebles a la que puede acceder por usucapión el poseedor de mala fe, existiendo una sustancial diferencia entre la propiedad inmueble de mala fe, asimismo que no debió considerar la declaración testifical contradictoria que prestó uno de los testigos, así como tampoco se consideró que en la fecha que la ahora accionante afirmó haber entrado en posesión, los propietarios del inmueble eran menores de edad y por consiguiente incapaces de hacer valer su derecho por sí mismos, por lo que no pudo iniciarse entonces del término de la prescripción; esta interpretación no es incorrecta ni confusa, sino que por el contrario establece claramente que los menores, al no ser capaces de obrar en derecho en la defensa de sus propios intereses -un grupo vulnerable- no puede correr el término para la usucapión, y que tal término, en todo caso debe empezar a correr desde que el menor alcance la mayoría de edad, momento en el que sí puede hacer uso de los medios legales que considere conveniente para hacer valer sus derechos, por lo que esta interpretación materializa lo establecido por la Constitución, tal como se explica en el Fundamento Jurídico III.3.

Finalmente es necesario referirse a que uno de los actos lesivos denunciados por la accionante, es que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conformada por las autoridades demandadas, al resolver el recurso de casación interpuesto dentro del proceso ordinario de reivindicación seguido en su contra y la reconvenición que interpuso por usucapión del lote de terreno 23 de la Urbanización "El Carmen" del cual tomó posesión el año 1991, como emergencia de un error de colindancias, pronunciaron el Auto Supremo 299/2008 casando el Auto de Vista impugnado y declarando probada la demanda e improbadamente la excepción de usucapión, valorando indebidamente la prueba documental y testifical producida en el proceso.

Al respecto, conforme estableció la jurisprudencia glosada en el Fundamento Jurídico III.2, no corresponde a esta jurisdicción valorar la prueba que a través de la jurisdicción ordinaria ya fue valorada; consiguientemente, este Tribunal no puede desconocer la facultad privativa de los jueces y tribunales ordinarios para ingresar a valorar la prueba producida dentro del proceso judicial que motivó el presente recurso de amparo constitucional; toda vez que, la pretensión de la accionante importaría ineludiblemente que la jurisdicción constitucional efectúe una nueva valoración de la prueba producida dentro del proceso ordinario de reivindicación seguido en su contra y reconvenicional de usucapión planteado por ésta y consiguiente usurpación de funciones que no le competen, puesto que no le está permitido examinar cuestiones de fondo que le corresponde al juez ordinario; sin soslayar que la finalidad concreta del recurso de amparo constitucional es la protección de derechos y garantías fundamentales, cuando se constata su vulneración o amenaza, lesión que en la especie no se evidencia, pues, la accionante no ha demostrado que en el proceso ejecutivo desarrollado en su contra se hubieran vulnerado los derechos invocados.

Consiguientemente, la situación planteada se encuentra dentro de las previsiones y alcances de la acción de amparo constitucional, por lo que el Tribunal de garantías, al haber "concedido" la tutela solicitada, no ha efectuado una adecuada compulsión de los antecedentes procesales y dado una correcta aplicación a esta acción tutelar.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confiere el art. 3 de la Ley 040 de 1 de septiembre de 2010, que modifica el art. 4.I de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, en revisión, resuelve: REVOCAR la Resolución 129 de 20 de mayo, cursante de fs. 174 a 180, dictada por la Sala Penal de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca y en consecuencia, DENEGAR la tutela solicitada.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No interviene el Presidente, Dr. Juan Lanchipa Ponce, por no haber conocido el asunto.

Fdo. Dr. Abigael Burgoa Ordóñez

DECANO

Fdo. Dr. Ernesto Félix Mur

MAGISTRADO

Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños

MAGISTRADA

Fdo. Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés

MAGISTRADO

BOLIVIA- Sentencia 6

3. Un lamentable retroceso en la protección del derecho al debido proceso en los procesos penales

3.1. Antecedentes:

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1709/2004-R

Sucre, 22 de octubre de 2004

Expediente: 2004-09589-20-RAC

Distrito: Santa Cruz

Magistrado Relator: Dr. Willman Ruperto Durán Ribera

En revisión la Resolución de 19 de julio de 2004, cursante de fs. 61 vta. a 62, pronunciada por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, dentro del recurso del recurso de **amparo constitucional** interpuesto por **Nemecia Lizarazu Zurita** contra **Beatriz Sandoval de Capobianco, Adhemar Fernández Ripalda y Edgar Molina Aponte, vocales de la Sala Penal Segunda de la misma Corte**, alegando la vulneración de sus derechos a la defensa y al debido proceso.

I. ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

I.1.1. Hechos que motivan el recurso

Por memorial presentado el 12 de julio de 2004, cursante de fs. 49 a 53, la recurrente asevera que el 18 de septiembre de 1989 interpuso querrela por el delito de despojo contra Luis Cejas, Ronald Ardaya, Jorge Mansilla, Rosa Alvarez del Río y Marlene Suárez, contra quienes el Juez Séptimo de Instrucción en lo Penal, pronunció auto de enjuiciamiento penal de 10 de octubre de 1989. Después de varias dilaciones y nulidades, por Auto de 10 de noviembre de 2000 se amplió la causa contra Lucila del Castillo de Menacho, Ruth Mila Poveda Sil y Pacesa Bejarano Monasterio, por el delito querrellado cometido con posterioridad al Auto de 1989. El 15 de enero de 2001 nuevamente se amplió el Auto de enjuiciamiento contra José Eugenio Roca, Juan Arcadio Lino y Deisy Juliana Farell por el delito de despojo cometido en forma posterior al Auto ampliatorio de 10 de noviembre de 2000. Los encausados plantearon excepciones destinadas a destruir la acción penal, que fueron rechazadas y que el 10 de octubre de 2000 opusieron cuestión previa de prescripción que fue rechazada por Auto de 10 de noviembre de 2000, confirmado por Auto de Vista de 27 de octubre de 2001; en una segunda oportunidad la misma cuestión fue opuesta el 1 de octubre de 2002 igualmente rechazada por Auto de 30 de enero de 2003, que quedó ejecutoriado al no haberse fundamentado el recurso de apelación que presentaron, por lo que existía cosa juzgada sobre el tema referido a la prescripción.

El 5 de noviembre de 2003, se pronunció sentencia condenatoria, confirmada por Auto de Vista de 13 de enero de 2004 pronunciado por el Juez Tercero de Partido en lo Penal de la Capital, resolución que motivó la interposición de recurso de casación o nulidad, resuelto por la Sala Penal Segunda por Auto de 9 de junio de 2004 que declaró infundado el recurso. El 8 de abril de 2004, diez de los sentenciados opusieron ante la misma Sala –Tribunal que se había constituido en Tribunal para resolver el recurso de casación o nulidad- una cuestión previa de prescripción alegando que la acción penal se encontraba prescrita porque la querrela por el delito de despojo era del 18 de septiembre de 1989, que el proceso estuvo sin trámite durante catorce años y que después de once años por Auto de 10 de noviembre de 2000 la causa se amplió en su contra. Señala que dicha cuestión fue opuesta sin la fundamentación debida y sin acompañarse prueba preconstituida que justifique la pretensión y que acredite que el proceso estuvo sin movimiento. Sin embargo, por Auto de 9 de mayo de 2004, los vocales recurridos admitieron la cuestión previa de prescripción bajo el fundamento que la causa se inició con la denuncia y querrela presentada el 18

de septiembre de 1989 contra 4 personas, que en el interín de la causa se dictó contra los procesados los autos ampliatorios de 10 de noviembre de 2000 y 13 de febrero de 2001, fechas desde las cuales habría transcurrido más de diez años desde la supuesta comisión de los delitos denunciados y por lo tanto se había operado la prescripción.

Señala que los vocales incurrieron en errores de apreciación ya que si bien la causa se inició el 18 de septiembre de 1989, el proceso se amplió contra los excepcionistas por hechos delictivos ocurridos y cometidos con posterioridad a la referida fecha, por lo que la decisión no se apoya en ninguna prueba que la sustente. De otra la cuestión previa fue planteada ante un Tribunal de casación y no ante el juez que conoció la causa, determinando que el auto dictado por la Sala Penal sea definitivo al no tener posibilidad de impugnarla, teniendo en cuenta que dicha Sala se constituye en un Tribunal de apelación, conforme los arts. 188 del Código de procedimiento penal de 1972 (CPP.1972), lo que implica que los recurridos actuaron sin competencia, lo que determina la nulidad de todo lo actuado, además de no haber considerado que la cuestión previa fue rechazada en dos oportunidades conforme precisa precedentemente; por lo que al no tener ninguna opción para impugnar la resolución emitida por las autoridades demandadas interpone el presente recurso.

I.1.2. Derechos y garantías supuestamente vulnerados

El recurrente alega la vulneración de sus derechos a la defensa y al debido proceso.

I.1.3. Autoridades recurridas y petitório

De acuerdo a lo expuesto, interpone recurso de amparo contra Beatriz Sandoval de Capobianco, Adhemar Fernández Ripalda y Edgar Molina Aponte, vocales de la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito de Santa Cruz, solicitando sea declarado procedente, por ende, se deje sin efecto el Auto de 8 de mayo de 2004.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de amparo constitucional

Efectuada la audiencia el 21 de julio de 2004, sin la presencia del representante del Ministerio Público, conforme consta en el acta de fs. 60 a 61 y vta., se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación del recurso

La recurrente se ratificó en el contenido de su demanda.

I.2.2. Informe de las autoridades recurridas

La autoridades demandadas no comparecieron a la audiencia ni prestaron el respectivo informe pese a su legal citación (fs. 54 vta.-55 vta.).

1.2.3. Intervención de los terceros interesados

Darío Bejarano Monasterio, Lucila del Castillo de Menacho, Ana Vaca Rodríguez, Pacesa Rodríguez Parada, Ruth Sila Poveda, Arcadio Lino Pinto, Eugenio Roca, Juana Farell, Franz Sanguino, en su condición de terceros interesados, a través de su abogado expresaron que el juicio que data de 1989 no fue tramitado por motivos que atingen a la parte querellante, sin embargo la Sala Penal Segunda pronunció el Auto de 8 de mayo de 2004, que admitió la cuestión previa de prescripción de la acción penal, resolución que ha sido emanada después de un profundo análisis del expediente que concluyó con que los tribunales inferiores no tuvieron la oportunidad de analizar el fondo para admitir la cuestión previa de prescripción, la misma que puede ser opuesta en cualquier etapa del proceso penal y es de especial pronunciamiento, por lo que los recurridos no han vulnerado ninguna garantía de la querellante y menos normas procesales, teniendo en cuenta que la querrela fue presentada el 18 de septiembre de 1989 y el auto ampliatorio fue pronunciado el 10 de noviembre de 2000, negligencia que es atribuida a la parte querellante, por lo que solicitó se declare improcedente el recurso.

1.2.4. Resolución.

La Resolución de 19 de julio de 2004, cursante de fs. 61 vta. a 62, declaró **improcedente** el recurso, con los siguientes argumentos:

- a) La excepción de prescripción fue tramitada conforme a procedimiento a través del respectivo traslado, vista fiscal y resolución, sin provocarse indefensión.
- b) El Tribunal de amparo no es competente para hacer una valoración de la prueba que corresponde a los órganos jurisdiccionales en forma exclusiva conforme ha establecido el Tribunal Constitucional en las “SSCC 1734/2003, 1062/2003, 1223/2002” (sic.) y otras.
- c) Los arts. 101 del Código penal (CP), 186 y 187 del CPP.1972 no prevén el tiempo en que puede oponerse la cuestión previa de prescripción, por lo que de conformidad al art. 355 del CPP.1972 se debe tener en cuenta las reglas contenidas en el art. 1497 del Código civil (CC), en cuyo mérito la Sala Penal Segunda recurrida, tenía la competencia para conocer la excepción opuesta.
- d) En el caso de que fuera incompetente, la resolución no puede ser impugnada a través del amparo constitucional sino mediante el recurso directo de nulidad, de acuerdo a lo establecido en las “SSCC 1355/2002, 196/2002” (sic.) entre otras.

II. CONCLUSIONES

Luego del análisis de antecedentes, así como de la documentación complementaria, se establecen las conclusiones siguientes:

- II.1. El 21 de septiembre de 1989 (fs. 2 y 3), la recurrente interpuso querrela por el delito de despojo contra Luis Sejas y otros, por hechos acaecidos en el mes febrero de ese año, en cuyo mérito el 10 de octubre de 1989, el Juez Sexto de Instrucción en lo Penal, pronuncio auto de enjuiciamiento por el delito querellado contra Luis Cejas Matuno, Ronald Ardaya, Jorge Mancilla, Wishtong Roncales, Rosa Alvarez del Río y Marlene Suárez (fs. 4).
- II.2. Por Auto de 13 de febrero de 1990 (fs. 5), el juez de la causa amplió el auto de enjuiciamiento penal contra Erwin Sejas, Dominga Castro Cuellar, Renato Orellana Guzmán, Adrian Justiniano, Dolly Rioja, Felix Cuellar y Winston Roncales por la presunta comisión del delito de despojo (fs. 5).
- II.3. Por memorial presentado el 19 de septiembre de 2000 (fs. 1 doc.com.), la querellante “Nemesia” (sic.) Lizarazu Zurita, solicitó la ampliación del auto de enjuiciamiento contra Lucila del Castillo de Menacho, Dario Bejarano Monasterio, Pacesa Rodríguez, María Ana Vaca Rodríguez, Benita Jacobo, Ruht Mila Poveda, José Eugenio Roca, Juan Arcadio y Deysi Juliana Farell, haciendo constar que los nombrados *“actualmente vienen ocupando los terrenos litigiosos y que se arrojan derechos de propiedad de los mismos, quienes en forma abusiva, atropellando los predios y con la venia de los dirigentes del barrio que también se encuentran incluidos en el auto de enjuiciamiento criminal, han ingresando a mi propiedad”* (sic).
- II.4. El 10 de octubre de 2000 (fs. 7), Dominga Castro de Cuellar y Lucila del Castillo, solicitaron la prescripción de la acción, **con el fundamento de haber transcurrido once años desde el inicio del proceso sin que éste hubiera prosperado**, amparando su solicitud en los arts. 27.8) y 29.2) del Código de Procedimiento Penal.
- II.5. El 7 de noviembre de 2003, el representante del Ministerio Público requirió la ampliación del auto de enjuiciamiento contra Lucila del Castillo Menacho y otros, al evidenciarse de la documentación presentada como prueba preconstituida que se encuentran en posesión de los terrenos de la querellante sin contar con ninguna documentación que ampare su derecho de propiedad, según se infiere de la demanda civil de interdicto de retener la posesión (fs. 2 doc.com.).

- II.6. El Auto de 10 de noviembre de 2000, **rechazó** la excepción de prescripción presentada por Dominga Castro de Cuellar y Lucila del Castillo **con el fundamento de que si bien el proceso se ha dilatado por diferentes acciones y diligencias, no es menos cierto que la causa ha estado en movimiento**. En el mismo Auto, el Juez determinó la ampliación del auto de enjuiciamiento penal en contra de Lucila del Castillo de Menacho, Dominga Castro de Cuellar, Darío Bejarano Monasterio, Pacesa Rodríguez Vda. de Vaca, Franz Sanguino Sanjinez, Ruth Poveda Sila y Ana Vaca Rodríguez por la presunta comisión del delito de despojo (fs. 8).
- II.7. Por memorial presentado el 9 de enero de 2001, la querellante solicitó la ampliación del auto de enjuiciamiento contra José Eugenio Roca, Juan Arcadio Lino y Deysi Juliana Farell, con el argumento de que conforme a los antecedentes procesales cursantes en el expediente de despojo, inspección ocular a los predios en litigio y otros elementos de juicio se puede evidenciar que los nombrados en forma abusiva y arbitraria ingresaron a sus terrenos, consolidándose el despojo de su parte y de las demás personas que en forma conjunta se han asociado para cometer los ilícitos denunciados y que se encuentran incluidos en el juicio penal (fs. 3 doc.com.).
- II.8. El 20 de enero de 2001, los procesados apelaron de la resolución de 10 de noviembre de 2000 (fs. 9), recurso que fue resuelto por Auto de 15 de febrero de 2001 pronunciado por el Juez Primero de Partido en lo Penal, que confirmó la resolución impugnada (fs. 11-12), con el fundamento que **“no se tiene acreditado que la querellante hubiese abandonado su acción**, quien por el contrario ha ejercitado [...] las acciones pertinentes para demostrar las argumentaciones de su demanda...”
- II.9. El 13 de febrero de 2001, el Ministerio Público requirió la ampliación del auto de enjuiciamiento contra José Eugenio Roca, Juan Arcadio Lino y Deysi Juliana Farell; pues, por sus propias aseveraciones se encontrarían en posesión de los terrenos de la querellante, sin contar con ninguna documentación que ampare su derecho de propiedad conforme una solicitud de certificación (fs. 4 doc.com.).
- II.10. Por Auto de 15 de febrero de 2001, el juez de la causa dispuso la ampliación del auto de enjuiciamiento contra José Eugenio Roca, Juan Arcadio Lino, Deysi Juliana Farell por el presunto delito de despojo (fs. 10).
- II.11. El 1 de octubre de 2002, Dominga Castro de Cuellar, Lucila del Castillo de Menacho, Darío Bejarano Monasterio, Pacesa Rodríguez Parada, Franz Sanguino, Ruth Mila Poveda y Ana Vaca Rodríguez, solicitaron la extinción de la acción penal y la aplicación de la “disposición cuarta” del CPP vigente, **bajo el argumento de que el proceso se tramita por trece años, evidenciándose negligencia y descuido de la querellante** (fs. 13); petitorio que fue rechazado por Auto de 30 de enero de 2003, con el fundamento de que en ningún momento se operó la prescripción, toda vez que el proceso se encuentra en trámite y que, en consecuencia, la vigencia anticipada de los preceptos procesales establecidos por la disposición transitoria segunda no pueden afectar a situaciones jurídicas ya definidas en el marco de las previsiones del art. 102 del CP (fs. 14).
- II.12. Por Sentencia de 5 de noviembre de 2003, el Juez de la causa declaró culpables y autores del delito de despojo a los procesados Luis Sejas Matuno, Erwin Sejas Cuellar, Winston Roncales Maldonado, Ronald Ardaya Ibáñez, Dominga Castro Lujas de Cuellar y a cumplir la pena de tres años y seis meses. También fueron condenados Félix Gabriel Cuellar Escobar, José Eugenio Roca, Juan Arcadio Lino, Darío Bejarano Monasterio, Ruth Mila Poveda, Ana Vaca Rodríguez, Franz Sanguino Suárez y Lucila del Castillo de Menacho a cumplir una pena de tres años y tres meses, Pacesa Rodríguez Vda. de Vaca y Deysi Juliana Farell a una pena de tres años de reclusión; además declaró la absolución de Jorge Mansilla, Marlene Suárez, Renato Orellana Guzmán, Adrian Justiniano, Dolly Rioja y Rosa Alvarez del Rio (fs. 16-26). Esta Resolución fue confirmada por Auto de Vista de 13 de enero de 2004 pronunciado por el Juez de Partido

Tercero en lo Penal (fs. 27). El 5 de febrero de 2004, varios de los procesados presentaron recurso de casación o nulidad (fs. 28-34).

- II.13.** El 8 de abril de 2004, Dario Bejarano Monasterio, Lucila del Castillo de Menacho, Ana Vaca Rodríguez, Pacesa Rodríguez Parada, Ruth Mila Poveda, Dominga Castro de Cuellar, Arcadio Lino Pinto, Eugenio Roca, Juana Farell y Franz Sanguino, opusieron ante los recurridos excepción de prescripción, **haciendo hincapié en las fechas de presentación de la querrela y de la ampliación del auto de enjuiciamiento en su contra después de once años** (fs. 40). Petición que fue resuelta por los demandados a través del Auto de 8 de mayo de 2004, por el que admitieron la excepción opuesta y deliberando en el fondo declararon la prescripción de la acción a favor de los nombrados procesados, disponiendo el archivo de obrados, excepto con relación a Dominga Castro de Cuellar (fs. 42-43), al concluir que **desde la supuesta comisión del delito hasta la fecha de la ampliación del auto de enjuiciamiento penal se había operado la prescripción solicitada.**
- II.14.** Por Auto de 9 de junio de 2004, las autoridades judiciales demandadas declararon infundados los recursos de nulidad o casación interpuestos por Dominga Castro de Cuéllar, Félix Gabriel Escobar y José Eugenio Roca (fs. 47).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

La recurrente denuncia que los vocales recurridos vulneraron sus derechos a la defensa y al debido proceso, pues al admitir la excepción de prescripción opuesta por varios de los procesados: a) actuaron sin competencia ya que la Sala que integran es un Tribunal de apelación respecto a las cuestiones previas, por lo que la prescripción debió ser opuesta ante el juez de la causa; b) incurrieron en errores de apreciación; y c) no consideraron que la excepción fue rechazada en dos oportunidades por lo que existía cosa juzgada. Corresponde considerar si en la especie es viable otorgar la tutela pretendida.

III.1. **Con relación a la formulación y resolución de la excepción de prescripción ante el Tribunal de alzada o casación.**

- III.1.1.** De conformidad al art. 37 del CPP.1972 –aplicable al caso de autos-, el juez o Tribunal que fuere competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se suscitaren en el curso de su tramitación, así como para dictar las sentencias respectivas y ejecutarlas. De manera específica las cuestiones previas de previo y especial pronunciamiento, tienden no a suspender momentáneamente la acción penal, sino a obtener la extinción de la misma provocando el archivo del proceso, entre ellas se encuentra la prescripción. Estas cuestiones están sujetas al trámite previsto por los arts. 187 y 188 del cuerpo legal citado, es así que serán propuestas con prueba preconstituida y darán lugar a que se declare extinguida la acción penal y se ordene el archivo de obrados, las mismas que serán resueltas por los mismos jueces y Tribunales en lo penal que conozcan del asunto principal. La Resolución que emita el juez o Tribunal en lo penal, sea admitiendo o rechazando la cuestión previa, es apelable en el efecto devolutivo ante la Corte Superior de Distrito en el término de tres días, sin que el respectivo Auto de Vista sea susceptible del recurso de nulidad.

Establecido el marco normativo respecto a las cuestiones previas, se establece que aquellas deben ser planteadas ante el juez de la causa, autoridad que puede resolverlas aún cuando el proceso esté en estado de dictarse sentencia conforme ha establecido la SC 351/2004-R de 17 de marzo al señalar: *“Si bien de acuerdo al art. 229 CPP.1972, la presentación y la resolución de las excepciones forman parte de los actos preparatorios del debate; empero, ello no implica, que algunas excepciones, - entre ellas- la prescripción, la cosa juzgada y la muerte del imputado, que constituyen un medio de defensa dirigido a lograr la declaratoria de la extinción de la acción penal, no puedan ser planteadas hasta antes de dictarse sentencia; considerando,*

fundamentalmente en este caso, que la prescripción es una cuestión de orden público que afecta a la competencia; por lo que el Juez tiene la obligación de considerar y resolver la misma, aún cuando la causa esté en estado de dictarse sentencia”.

De lo señalado se infiere que si bien la Corte Superior tiene competencia para resolver una cuestión previa, esta facultad es ejercida de principio cuando la cuestión fue conocida y resuelta por el juez de la causa y la decisión que haya adoptado sea impugnada por las partes a través del recurso de apelación. Sin embargo, existen algunas excepciones que de acuerdo a sus alcances no necesariamente deben ser opuestas y tramitadas hasta ese estado de la causa, tales como la cosa juzgada, el indulto o la amnistía que pueden ser concedidas aún cuando exista ya una sentencia pronunciada. También en el caso de la muerte del imputado, cuya excepción puede ser opuesta en cualquier estado de la causa, incluso en la tramitación de los recursos ordinarios porque no tendría ningún sentido que el proceso continúe teniendo en cuenta el carácter *intuitu persona* de la responsabilidad penal.

La prescripción, es definida como un medio de liberarse de las consecuencias penales y civiles de una infracción penal o una conducta penal por efecto del tiempo y en las condiciones exigidas por la ley, siendo el transcurso del tiempo el factor predominante para que opere esta excepción (Máximo Castro); la misma que encuentra su fundamento, conforme anota Soler, en el simple transcurso del tiempo, en la desaparición de los rastros y efectos de delito, en la presunción de la buena conducta y en el olvido social del hecho, entre otros.

En esta misma línea de pensamiento se pronuncia la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en la Resolución N° 4397-99 de 8 de junio de 1999, cuando precisa que: “Varios son los elementos que deben hacerse notar respecto de la prescripción de la acción penal -ya señalados con anterioridad en la jurisprudencia constitucional-, que ayudan a conformar una idea respecto de este instituto jurídico. Primero, que **la regulación de la prescripción de la acción penal es un asunto de política criminal que adopta el Estado a través del órgano competente** para ello, sea la Asamblea Legislativa, de manera que ésta tiene potestades para establecer los parámetros para su regulación. Segundo, que no existe un derecho constitucional a la prescripción, sino más bien el derecho a la seguridad jurídica, a la legalidad, a la tutela judicial efectiva y a la igualdad, principios que no resultan lesionados por el Estado en tanto los plazos establecidos para la denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos establecidos por el legislador sean razonables y estén definidos y limitados por la ley. Tercero, que **la prescripción es un instrumento jurídico creado a efecto de declinar el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, que actúa a modo de sanción procesal por la inactividad de los sujetos procesales en los procesos iniciados o no**. Lo anterior se indicó en sentencia número 04432-97, de las diecisiete horas treinta y tres horas del veintinueve de julio de mil novecientos noventa y siete: “I.- La prescripción de la acción penal, ha dicho esta Sala reiteradamente, **es la cesación de la potestad punitiva del Estado provocada por el transcurso de un determinado período fijado en la ley. El Estado, en estos casos, declina el ejercicio de su potestad punitiva y el derecho de aplicar una determinada pena, o hacer ejecutar la pena ya impuesta en un caso concreto, lo que tiene su origen en la necesidad de respetar el principio de seguridad jurídica de las personas**. Ante el poder-deber del Estado de aplicar la ley y perseguir el delito, surge también el derecho a resistir ese poder y es por eso que el legislador establece ciertas reglas, para limitarlo y proteger al ciudadano. Así, el derecho de defensa y sus derivados, el de saber a qué atenerse -base de la seguridad jurídica-, son sólo algunas de esas reglas que buscan equilibrar los intereses en juego -los del ciudadano y el Estado-, todo dentro del contexto de un sistema democrático de derecho. **Se trata pues de un instrumento procesal que surge ante la necesidad de garantizarle al ciudadano que no habrá arbitrariedad frente a la prosecución del delito**, porque ante él opera la plena vigencia de los parámetros objetivos

establecidos en la ley, y no otros. **Otras razones de orden práctico, también justifican la existencia de este instituto, como lo son el hecho de que con el transcurso del tiempo la pretensión punitiva se debilita y termina por considerarse inconveniente su ejercicio, tanto desde el punto de vista retributivo y de prevención general, como en relación con los fines resocializadores de la pena.** También, se destruyen o se hacen difíciles la obtención de pruebas lo que dificulta la instrucción razonable de un proceso. A ello se añade la teoría de que el paso del tiempo borra todo en la memoria de los hombres, y por supuesto, **el derecho a no estar amenazado indefinidamente por la posibilidad de ser juzgado por un delito que por las razones señaladas y otras más, ya no tiene interés procesal ni real para la sociedad (...)**”

Por su parte la Corte Constitucional de la República de Colombia en la Resolución C-416/02, señala “La prescripción de la acción penal es una institución de orden público, en virtud de la cual el Estado cesa su potestad punitiva -ius puniendi- por el cumplimiento del término señalado en la respectiva ley. Dicho fenómeno ocurre cuando los operadores jurídicos dejan vencer el plazo señalado por el legislador para el ejercicio de la acción penal sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley penal, **lo cual a la postre implica que la autoridad judicial competente pierde la potestad de seguir una investigación en contra del ciudadano beneficiado con la prescripción.**”

“(…) tiene una doble connotación. La primera es a favor del procesado y consiste en la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano de que se le defina su situación jurídica, pues éste no puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra; la segunda en tanto y en cuanto se trata para el Estado de una sanción frente a su inactividad.

Al analizar la prescripción en materia penal, la jurisprudencia ha señalado que **“es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción”** cuyo fundamento es el principio de la seguridad jurídica ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues “ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad”

En cuanto a su naturaleza, la jurisprudencia de este Tribunal, ha establecido que es una institución de carácter sustantivo porque afecta el ámbito de la esfera de libertad del imputado; así lo ha señalado la SC 1030/2003-R, de 21 de julio, al determinar que el principio de favorabilidad *“...no puede estar limitado sólo a supuestos en los que la nueva norma penal descriminaliza la conducta típica o disminuye el quantum de su pena, sino también, cuando la nueva ley (ley penal material, procesal o de ejecución) beneficie al delincuente, en el ámbito de su esfera de libertad.; siendo comprensivas de tal ámbito, entre otras: las circunstancias, el tiempo de la prescripción de la acción penal o de la pena, la rehabilitación, y las medidas cautelares personales”.*

En ese criterio, debe considerarse que la excepción de prescripción si bien se halla sujeta a un trámite, por sus efectos liberatorios y por los fundamentos en que se asienta, bien puede ser opuesta en momentos procesales distintos al desarrollo de la etapa del juicio; es decir también puede ser formulada ante los Tribunales competentes para sustanciar y resolver los medios impugnativos previstos por ley, pues, un entendimiento diferente posibilitaría la prosecución de un proceso penal e incluso la eventual posibilidad de imponerse una sanción por un delito cuya acción prescribió por el transcurso del tiempo fijado por ley, en cuyo caso la potestad punitiva del Estado ha perdido legitimidad.

III.1.2. En la problemática planteada, se tiene que dentro del proceso penal seguido por la querellante por el delito de despojo, el 5 de noviembre de 2003, el juez de la causa pronunció sentencia condenatoria contra varios de los procesados y dispuso la absolución de otros, decisión que fue confirmada por Auto de Vista de 13 de enero de 2004 pronunciado por el Juez de Partido Tercero en lo Penal. Ante esa decisión varios procesados interpusieron recurso de casación y nulidad, y estando radicada la causa en la Sala Penal Segunda, opusieron ante los recurridos excepción de prescripción, haciendo hincapié en las fechas de presentación de la querrela y de la ampliación del auto de enjuiciamiento en su contra después de once años, mereciendo el Auto de 8 de mayo de 2004, que admitió la excepción opuesta y deliberando en el fondo declaró la prescripción de la acción y dispuso el archivo de obrados, excepto con relación a una de las procesadas.

Consecuentemente se evidencia que los vocales demandados al pronunciarse respecto a la cuestión previa de prescripción, pese a constituirse en Tribunal para sustanciar y resolver el recurso de casación que se interpuso respecto al Auto de Vista que confirmó la sentencia, no han incurrido en un acto ilegal que vulnere los derechos de la recurrente a la defensa y al debido proceso consagrados por el art. 16.II y IV de la CPE.

III.2. Respecto a los errores de apreciación en la Resolución impugnada.

III.2.1. Este Tribunal Constitucional en su Sentencia 1190/01-R de 12 de noviembre de 2001, ha establecido lo siguiente:

“Que, el art. 30 del Código de Procedimiento Penal vigente, establece lo siguiente:

"Artículo 30.- (Inicio del término de la prescripción). El término de la prescripción empezará a correr desde la media noche del día en que se cometió el delito o en que cesó su consumación".

*Del contenido de la norma procesal trascrita se extrae que **la prescripción comienza a correr**, según nuestro ordenamiento procesal penal, desde la medianoche del día en que se cometió el delito para las infracciones penales **instantáneas**; y que, **en los delitos permanentes**, la prescripción comienza a correr desde el momento en que cesa su consumación. En este orden, corresponde precisar que los delitos por la duración de la ofensa al bien jurídico atacado, se clasifican en tipos instantáneos y tipos permanentes. En los delitos instantáneos, la ofensa al bien jurídico cesa inmediatamente después de consumada la conducta típica (Ej. El delito de homicidio); en cambio, **en los delitos permanentes**, la actividad consumativa no cesa al perfeccionarse la acción típica sino que perdura en el tiempo, de modo que todos los momentos de su duración, se imputan como consumación de la acción delictiva”.*

Continua señalando ésta sentencia:

“Que, la Legislación Procesal boliviana, en este orden guarda concordancia con la Legislación comparada. Así el art. 119 del Código Penal uruguayo establece:

"Artículo 119.- (Punto de partida para la computación de los delitos)

El término empieza a correr, para los delitos consumados, desde el día de la consumación; para los delitos tentados, desde el día en que se suspendió la ejecución; para los delitos cuya existencia o modalidad requiere diversos actos o diversas acciones -delitos colectivos y continuados- desde el día en que se ejecuta el último hecho o se realiza la última acción; para los delitos permanentes desde el día en que cesa la ejecución".

A su vez el Código Penal español en su art. 132, sobre la materia establece lo siguiente:

"Artículo 132.- 1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito

continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita".

La misma línea sigue el Código Penal venezolano, al establecer en su art. 109, que:

"Artículo 109.- Comenzará la prescripción: para los hechos punibles consumados, desde el día de la perpetración; para las infracciones, intentadas o fracasadas, desde el día en que se realizó el último acto de la ejecución; y para las infracciones continuadas o permanentes, desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho".

Que, en materia procesal, como lo ha establecido la jurisprudencia de este Tribunal, la norma aplicable es la vigente (así la Sentencia Constitucional N° 280/01-R)

Que, según las disposiciones transitorias primera y segunda de la Ley N° 1970, el instituto jurídico de la prescripción de la acción penal se encontraba vigente en el momento en que los imputados Elías Moreno Caballero, Antonio Elío Rivero, Justo Sarmiento Alanes, Pedro Percy Gonzales Monasterio, Ernesto Morant Lijerón y Oscar Menacho Vaca (14 de septiembre de 2000) interpusieron la cuestión previa de prescripción, dado que dicha norma procesal entró en vigencia el 1 de junio de 2000, y el Juez de la causa aplicando dicho precepto procesal, declaró extinguida la acción penal."

Complementariamente a lo señalado, en función a la duración de la ofensa al bien jurídico vulnerado, los hechos ilícitos se dividen en **delitos instantáneos**, que –como se tiene referido en la SC citada precedentemente- son aquellos que con la sola realización de la conducta, acción u omisión, por el sujeto activo quedan realizados o tipificados, sin que se requiera acción posterior para su continuidad o vigencia. Los **delitos permanentes**, son los que se caracterizan porque el hecho que los constituye o realiza da lugar a una situación dañosa o de peligro, que se prolonga en el tiempo a causa de la continuidad del comportamiento del sujeto. Para la existencia de estos delitos, es necesario que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo; y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, que prosigue con ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el delito. Sin embargo, la doctrina también considera dentro de esta clasificación a los **delitos instantáneos con efectos permanentes**, que son aquellos cuya conducta destruye o disminuye el bien jurídico tutelado, en forma instantánea, en un solo momento, pero permanecen las consecuencias nocivas del mismo.

III.2.2. El art. 351 del CP al tipificar el delito de despojo establece que: "El que en beneficio propio o de un tercero, mediante violencia, amenazas, engaño, abuso de confianza o cualquier otro medio, **despojare a otro de la posesión o tenencia de un inmueble, o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes** incurrirá en privación de libertad de seis meses a cuatro años." (Las negrillas y subrayados son nuestros)

De la descripción que hace el art. 351 del CP, de modo general el despojo es la privación de la tenencia o posesión de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, cuyo sujeto pasivo lo constituye tanto el que ejerce un derecho real, de uso, usufructo, habitación, servidumbre o anticresis como el poseedor de un inmueble, resultando que la acción de despojar puede consistir en invadir, mantenerse en el inmueble o expulsar a sus ocupantes, a través de distintos medios, como la violencia, las amenazas, el engaño, el abuso de confianza o cualquier otro medio.

A partir de lo expuesto, es menester precisar a qué clase de delitos corresponde el despojo según la forma de ejecución, en ese entendido, **la acción típica se consume en el momento en que se produce el desapoderamiento**, por ende, constituye un delito instantáneo que se consume con el acto del despojo, aunque de efectos

permanentes cuando el usurpador se mantiene en el inmueble sin permitir el ingreso a los demás. Esto significa que para efectos de la prescripción, ésta se computa desde la medianoche en que se produjo la eyección, sin importar en consecuencia a efectos del cómputo, si el sujeto activo se mantuvo en el inmueble o en su caso lo restituyó. Además de tenerse presente que de acuerdo al quantum de la pena el delito de despojo prescribe en cinco años, conforme prevé el art. 29-2) del actual Código de Procedimiento Penal, aplicable al caso de autos, como consecuencia de su vigencia anticipada.

III.2.3. Establecido el carácter instantáneo del delito de despojo, en la problemática planteada se tiene de los antecedentes que informan el expediente, que el **21 de septiembre de 1989** la recurrente interpuso querrela por el delito de despojo contra Luis Sejas y otros, **por hechos acaecidos en el mes febrero de ese año**, en cuyo mérito el 10 de octubre de 1989, el Juez Sexto de Instrucción en lo Penal, pronunció Auto de enjuiciamiento por el delito querrellado contra Luis “Cejas” Matuno (sic.), Ronald Ardaya, Jorge Mancilla, “Wisthong” (sic.) Roncales, Rosa Alvarez del Río y Marlene Suárez. El 19 de septiembre de 2000, la querellante solicitó la ampliación del Auto de enjuiciamiento contra otras personas bajo el argumento de que en ese momento ocupaban los terrenos litigiosos, arrogándose derecho de propiedad sobre los mismos, quienes en forma abusiva, atropellando los predios ingresaron a su propiedad con la venia de los dirigentes del barrio que también se encuentran incluidos en el auto de enjuiciamiento criminal; pedido que fue resuelto por Auto de 10 de noviembre de 2000, que determinó la ampliación del Auto de enjuiciamiento penal contra Lucila del Castillo de Menacho, Darío Bejarano Monasterio, Pacesa Rodríguez Vda. de Vaca, Franz Sanguino Sanjinez, Ruth Poveda Sila y Ana Vaca Rodríguez por la presunta comisión del delito de despojo.

El **9 de enero de 2001**, la querellante solicitó la ampliación del Auto de enjuiciamiento contra José Eugenio Roca, Juan Arcadio Lino y Deysi Juliana Farell, con el argumento de que conforme a los antecedentes procesales cursantes en el expediente de despojo, inspección ocular a los predios en litigio y otros elementos de juicio se pudo evidenciar que los nombrados en forma abusiva y arbitraria ingresaron a sus terrenos, lo que determinó también la ampliación del auto de enjuiciamiento contra los nombrados según Auto de 15 de febrero de 2001.

Ahora bien, de la Sentencia de 5 de noviembre de 2003, se evidencia que el Juez de la causa declaró culpables y autores del delito de despojo a varios de los procesados, **al concluir que ingresaron al lote de terreno de la querellante presumiblemente en el mes de febrero de 1989** por lo que teniendo en cuenta los términos de prescripción, la acción penal, en el caso de autos prescribió en el mes de febrero de 1994, sin embargo el juez de la causa dispuso la ampliación del auto de enjuiciamiento contra Lucila del Castillo de Menacho, Darío Bejarano Monasterio, Pacesa Rodríguez Vda. de Vaca. Franz Sanguino Sanjinez, Ruth Poveda Sila, Ana Vaca Rodríguez, José Eugenio Roca, Juan Arcadio Lino y Deysi Juliana Farell, por Autos de 10 de noviembre de 2000 y 15 de febrero de 2001.

En ese entendido los encausados antes nombrados, junto a la co-procesada Dominga Castro, opusieron ante los recurridos excepción de prescripción, haciendo hincapié en las fechas de presentación de la querrela y de la ampliación del auto de enjuiciamiento en su contra después de 11 años, petición que fue resuelta por los demandados a través del Auto de 8 de mayo de 2004, que admitió la excepción opuesta y deliberando en el fondo declaró la prescripción de la acción a favor de los nombrados procesados, así como el archivo de obrados –excepto con relación a Dominga Castro de Cuellar-, con el argumento que hasta la fecha de ampliación del auto de enjuiciamiento penal se había operado la prescripción impetrada.

Consecuentemente, los vocales recurridos, al declarar extinguida la acción penal por prescripción a favor de los encausados, han hecho una correcta aplicación de las

normas legales aplicables al caso de autos, sin haber incurrido en errores de apreciación como denuncia la actora y sin vulnerar los derechos constitucionales invocados.

III.3. Respecto a la supuesta cosa juzgada, se debe precisar que la jurisprudencia de este Tribunal en la SC 508/2002-R, de 30 de abril, de manera general ha establecido que “ (...) *si bien es cierto que la excepción de prescripción puede ser formulada aún en ejecución de sentencia, no es menos evidente que una vez planteada y resuelta - aunque fuera mediante una providencia de rechazo, como en el caso- la parte interesada no tiene posibilidad alguna de volver a interponerla, porque su derecho ha precluido, esto es que se ha operado la clausura o caducidad del derecho para realizar un acto procesal, estando esa etapa del juicio cerrado por haber transcurrido el término que la ley dispone para su desarrollo, tal como lo ha establecido de manera uniforme la jurisprudencia de este Tribunal en las sentencias 146/2001-R, 481/00-R, 498/2001-R, 557/2001-R, entre otras*”.

No obstante lo anotado, se debe precisar que es posible interponer una nueva excepción y que la misma sea considerada en el fondo, cuando tanto los argumentos para su presentación como los fundamentos para su resolución son distintos a los esgrimidos en la primera solicitud y en la Resolución que la rechazó. Este mismo razonamiento fue utilizado por este Tribunal en la SC 101/2004, de 14 de septiembre, para ingresar al análisis, en un recurso directo de inconstitucionalidad, de una norma que con anterioridad fue declarada constitucional, al señalar: “... *si bien la última de las disposiciones nombradas fue declarada constitucional, y según el art. 58.V, “La Sentencia que declare la constitucionalidad de la norma legal impugnada, hace improcedente cualquier nueva demanda de inconstitucionalidad contra ella”; **ello no impide someter a la indicada norma a un nuevo juicio de constitucionalidad, al ser distinto el fundamento en el que se basó tal análisis**; dado que lo que la norma prohíbe es un nuevo examen sobre un mismo fundamento.*”

En el caso analizado, se constata que si bien durante la sustanciación del plenario, el 10 de octubre de 2000 y 1 de octubre de 2002, distintos encausados opusieron excepción de prescripción que fueron rechazadas, no es menos evidente que tanto las solicitudes como los razonamientos que las rechazaron, se fundaron en distintos argumentos, conforme se tiene establecido en los puntos II.4, II.6, II.8, II.11 y II.13 de la presente Resolución, sin soslayar que de acuerdo a la fundamentación precedente incuestionablemente se produjo la prescripción de la acción penal respecto a quienes fueron incluidos en el procesos con los autos de ampliación del auto de enjuiciamiento de 10 de noviembre de 2000 y 15 de febrero de 2001, respectivamente.

De lo precedentemente analizado se concluye que el Tribunal de amparo al haber declarado **improcedente** el recurso, ha realizado una correcta aplicación del art. 19 de la CPE.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción que ejerce por mandato de los arts. 19.IV y 120.7ª de la CPE y los arts. 7 inc.8) y 102.V de la Ley del Tribunal Constitucional, en revisión, resuelve **APROBAR** la Resolución revisada.

No intervienen los magistrados, Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas y Dr. José Antonio Rivera Santivañez, por encontrarse ambos con licencia.

Fdo. Dr. Willman Ruperto Durán Ribera

PRESIDENTE

Dr. René Baldivieso Guzmán

MAGISTRADO

Fdo. Dra. Martha Rojas Álvarez

MAGISTRADA

BOLIVIA- Sentencia 7

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1716/2010-R

Sucre, 25 de octubre de 2010

Expediente:2008-17532-36-RAC

Distrito: Chuquisaca

Magistrado Relator: Dr. Ernesto Félix Mur

En revisión la Resolución 59/08 de 5 de marzo de 2008, cursante de fs. 336 a 341 vta., pronunciada por la Sala Penal de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca, dentro del recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo constitucional, interpuesto por Diego Roca Rojas contra Julio Ortíz Linares, Teófilo Tarquino Mújica y Sandra Magaly Mendivil Bejarano, Ministros y Secretaria de Cámara, respectivamente de la Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia, alegando la vulneración de sus derechos, a la "seguridad jurídica", a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, y al debido proceso, citando al efecto los arts. 7 inc. a), 14 y 16.II y IV de la Constitución Política del Estado abrogada (CPEabrg).

I.- ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido del recurso

El recurrente, en el memorial presentado el 21 de febrero de 2008, cursante de fs. 149 a 154 vta., subsanado el 25 del mismo mes y año (fs. 298), respecto a la prueba adjunta, expresa los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

I.1.1. Hechos que motivan el recurso

Dentro del proceso penal seguido en su contra por lesiones leves y robo de cuatro listones y venetas, fue condenado a cinco años de reclusión, proceso en el que se vulneraron sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, contexto denunciada mediante los recursos ordinarios sin que se hubiera reparado la misma, e inclusive formuló un recurso de amparo constitucional que fue correctamente concedido en revisión por el Tribunal Constitucional debido a la evidente falta de pronunciamiento sobre los puntos impugnados, respecto a la excusa de uno de los Vocales del Tribunal de apelación, la remisión del recurso de apelación restringida directamente a la Sala Penal Segunda sin previa distribución, la emisión del auto de 18 de abril de 2005, con intervención de un Vocal sujeto a excusa y el pronunciamiento del Auto de Vista fuera del plazo previsto al efecto, situación que lejos de cumplirse ante la emisión de la SC 0256/2007-R de 12 de abril, ha sido agravada por la Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia. La referida Sentencia Constitucional, además de hacer referencia que el Tribunal de casación debía pronunciarse fundadamente sobre los agravios señalados, refirió que se tenía acreditado que en otros procesos penales se ejerció el control de oficio acerca del cumplimiento de los plazos como los Autos Supremos 580 de 4 de octubre de 2004 y 252 de 22 de julio de 2005.

Respecto a la falta de pronunciamiento en relación al Auto de 18 de abril de 2005, el 11 de ese mes y año, con la intervención de un Vocal sujeto a excusa, se procedió al sorteo de la causa, siendo designado como Vocal Relator, Edgar Molina Aponte; ante la excusa posterior de Adhemar Fernández Ripalda, se dejó sin efecto dicho sorteo y otorgó un plazo de tres días para subsanar el recurso de apelación restringida, Resolución suscrita también por el Vocal sujeto a excusa cuya imparcialidad estaba comprometida. Habiéndose dejado sin efecto el sorteo, subsanado que fue, debió procederse a un nuevo sorteamiento; sin embargo, vuelve a ingresar a despacho y continúa figurando como Vocal Relator, Edgar Molina Aponte, conforme se tiene del Auto de Vista de 9 de mayo de 2005, circunstancias que denota además la pérdida de competencia del 11 de abril al 9 de mayo en que se emite el Auto de Vista.

Pese a estar formulada la extinción de la acción penal y de haberse proveído: “Pase al Ministro Relator para fines consiguientes” (sic.), el Auto Supremo no refiere situación alguna al respecto, y ante la explicación y enmienda presentada se declaró no a lugar, además, el memorial que petitionó dicha extinción, no estuvo a consideración del Relator como se había dispuesto, situación que se intentó subsanar con una nota de la Secretaria de Cámara y que mereció el proveído: “En mérito a la nota que antecede estése a los datos del proceso”; en consecuencia, la solicitud no fue resuelta por la demora e incumplimiento de deberes de la Secretaria de Cámara recurrida, cuando correspondía una resolución de previo y especial pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Finalmente, que el Tribunal de casación incumplió el mandato contenido en el art. 15, 117 y ss. de la Ley de Organización Judicial abrogada (LOJabrg).

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

Indica como presuntamente vulnerados, sus derechos, a la “seguridad jurídica”, a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, y al debido proceso, citando al efecto los arts. 7 inc. a), 14 y 16.II y IV de la CPEabrg.

I.1.3. Autoridades y funcionaria recurridas y petitorio

Con esos antecedentes, interpone recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo constitucional, contra Julio Ortíz Linares, Teófilo Tarquino Mújica y Sandra Magaly Mendivil Bejarano, Ministros y Secretaria de Cámara, respectivamente, de la Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia; solicitando se conceda la tutela demandada y en consecuencia: 1. Se deje sin efecto el Auto Supremo 517 de 11 de octubre de 2007, al no haberse pronunciado sobre todos los puntos impugnados en su recurso de casación conforme a la doctrina, precedentes contradictorios e inobservancia de la SC 256/2007-R; y, 2. Se deje sin efecto hasta el vicio más antiguo; es decir, hasta la remisión directa de la apelación restringida a la Sala Penal Segunda, por constituir un defecto absoluto, debiendo procederse a un verdadero y transparente sorteo.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

Efectuada la audiencia pública el 5 de marzo de 2008, en presencia de los apoderados del recurrente y de la tercera interesada asistida de su abogado, ausentes las autoridades recurridas, quienes presentaron informe escrito y el representante del Ministerio Público, según consta en acta cursante de fs. 333 a 335 vta., se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación del recurso

El abogado del recurrente, reiteró los fundamentos contenidos en el memorial de amparo y ofreció prueba respecto al peligro de vida.

Luego de la lectura del informe presentado por las autoridades recurridas, amplió sus fundamentos indicando que del informe de la Secretaria de Cámara recurrida se evidencian los extremos denunciados en el memorial de recurso, que su solicitud de extinción de la acción penal no ha sido considerada por los Ministros; y del informe de los mismos que refiere que no se reclamó las irregularidades en su oportunidad y que precluyó el derecho a hacerlo, no es evidente, todas fueron reclamadas en el recurso de casación; sin embargo, no se pronunciaron sobre todos los fundamentos expuestos en el igual y la extinción de la acción fue formulada cuando aún no se emitió el Auto Supremo.

I.2.2. Informe de las autoridades y funcionarias recurridas

Los Ministros recurridos Julio Ortiz Linares y Teófilo Tarquino Mújica, en su informe escrito cursante de fs. 322 a 331, afirman: a) El recurso es improcedente porque si el recurrente consideró que el Auto Supremo 517 de 11 de octubre de 2007, no cumplió con el fallo del primer recurso de amparo constitucional, debió acudir ante el Tribunal de garantías y exigir su cumplimiento; b) La SC 256/2007-R de 12 de abril, declaró “procedente” el recurso de amparo interpuesto por el recurrente contra el Auto Supremo de 7 de marzo de 2006, disponiendo se dicte uno nuevo al no haberse pronunciado sobre cuatro temáticas: con relación a la excusa de uno de los Vocales, la remisión del recurso de apelación restringida directamente a la Sala Penal Segunda, el pronunciamiento del Auto de 18 de abril de 2005, que dejó sin efecto el sorteo de 11 de ese mes y año, y el denunciado

pronunciamiento del Auto de Vista fuera del plazo. Se puede constatar que en cumplimiento a la SC 0256/2007-R; todos y cada uno de los puntos fueron resueltos en el Auto Supremo que declaró infundado el recurso, c) La SC 0012/2006-R de 4 de enero, precisó que se tendrá por satisfecho el requisito de motivación y fundamentación de las resoluciones aún cuando de manera breve, pero concisa y razonable, se permita conocer de forma indubitable las razones que llevaron al juez a tomar la decisión; y, d) Con relación a la solicitud de extinción de la acción penal, se presentó cuando ya estaba sorteada la causa y la jurisprudencia a la que se hace referencia tiene que ver con casos en que las solicitudes fueron exhibidas antes de dicho sorteo, supuesto fáctico diferente al presente.

La Secretaria de Cámara recurrida, Sandra Magaly Mendivil Bejarano, en su informe escrito cursante a fs. 321 y vta., informó: i) El 3 de octubre de 2007, se procedió al sorteo del proceso penal seguido por el Ministerio Público y Bertina Menacho Vidaurre contra el recurrente y en el día pasó al Ministro Relator, Teófilo Tarquino Mújica; ii) Revisado el Libro Diario 2007, se evidencia que el 4 de ese mes y año octubre a horas 17:15, se recepciona el memorial de solicitud de la extinción de la acción penal y pasa al despacho del Ministro Semanero, Julio Ortíz Linares; iii) Que recibió instrucciones en sentido de que al estar sorteada la causa se atendería posteriormente; y, iv) La nota se consignó debido a la declaratoria en comisión por viaje del Ministro Relator para participar en el taller regional especializado en materia de cooperación internacional en casos de terrorismo y asuntos penales en Lima - Perú hasta el 23 de octubre de 2007 y entre ellos se incluye el memorial de explicación y enmienda del Auto Supremo 517.

I.2.3. Intervención de la tercera interesada

Bertina Menacho Vidaurre, en su calidad de tercera interesada, manifestó a través de su abogado que el 29 de abril de 2007, el recurrente formuló un recurso de amparo constitucional con los mismos argumentos, resueltos puntualmente por la Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia, que fue declarado “procedente” en forma parcial y ordenó que los Ministros emitieran un nuevo Auto Supremo que en su ejecución se emitió el mandamiento de condena contra el recurrente y se allanó al informe de las autoridades recurridas.

I.2.4. Resolución

Concluida la audiencia, la Sala Penal de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca, constituida en Tribunal de garantías, pronunció la Resolución 59/08 de 5 de marzo de 2008, cursante de fs. 336 a 341vta. por la que concede parcialmente la tutela solicitada, dejando sin efecto los Autos Supremos 517 de 11 de octubre de 2007 y 518 del mismo mes y año, y toda otra determinación posterior a aquéllos, inclusive el mandamiento de condena, disponiendo que previo a resolver el recurso de casación, resuelvan el incidente de extinción de la acción penal, con el siguiente fundamento: 1) El recurrente pretende se haga cumplir lo resuelto en la SC 0256/2007-R de 12 de abril, situación que no puede resolverse con la interposición de otro recurso, sea amparo o hábeas corpus y por tanto tal petición resulta improcedente; 2) Respecto al no pronunciamiento sobre el incidente de extinción de la acción penal interpuesto ante el Tribunal de casación, es evidente, no existe respuesta expresa, puntual y oportuna respecto a este incidente, es decir, los Ministros recurridos, no consideraron ni resolvieron, genera indefensión contra el recurrente; 3) El 3 de octubre de 2007, se sortea la causa entre los Ministros de la Sala Penal Primera, el imputado, ahora recurrente, solicita la extinción de la acción penal por el transcurso del plazo máximo de duración del proceso el 4 de ese mes y año, y por decreto suscrito por el Ministro Semanero se dispone pase al Ministro Relator para fines consiguientes; la Sala Penal Primera pronuncia el Auto Supremo 517 sin el pronunciamiento respecto a dicha solicitud de extinción de la acción ni ante la solicitud de explicación y enmienda resuelta en Auto 518; y, 4) En cuanto a la intervención de la Secretaria de Cámara recurrida, evidentemente recepcionó el escrito de solicitud de extinción de la acción el 4 de octubre de 2007, e ingresó a despacho recién el 23 del citado mes y año, incumpliendo su deber de ingresar los mismos dentro de las veinticuatro horas de recepcionados y no veinte días después cuando ya se emitió el fallo de fondo.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

El presente expediente, se recibió en el Tribunal Constitucional el 7 de marzo de 2008; sin embargo, ante la renuncia de Magistrados en diciembre de 2007, se interrumpió la resolución de causas; Designadas las nuevas autoridades, por Acuerdo Jurisdiccional 001/2010 de 8 de marzo, el Pleno resolvió el reinicio de los cómputos; en consecuencia, se procedido al sorteo de la causa el 2 de septiembre de 2010, por lo que la Sentencia es pronunciada dentro de plazo.

II.CONCLUSIONES

De la atenta revisión y compulsas de los antecedentes, se concluye lo siguiente:

II.1. Interpuesto un primer amparo por el recurrente, el Tribunal Constitucional emitió la SC 0256/2007-R de 12 de abril, que revocó en parte la Resolución 223/2006 de 15 de mayo, pronunciada por el Tribunal de garantías conformado por la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca y concedió la tutela respecto a los Ministros recurridos dejando sin efecto el Auto Supremo de 7 de marzo de 2006, disponiendo se emita uno nuevo con el pronunciamiento sobre cada uno de los motivos que fundaron el recurso de apelación (fs. 97 a 110).

II.2.El 3 de octubre de 2007, se procede al sorteo del proceso entre los Ministros de la Sala Penal Primera, recayendo la labor de Ministro Relator en Teófilo Tarquino Mújica (fs. 121 vta.).

II.3.El 4 de octubre de 2007, el recurrente presentó memorial solicitando la extinción de la acción penal por el transcurso del plazo máximo de duración del proceso (fs. 135 a 137).

II.4.El 8 de octubre de 2007, se providenció el referido memorial: "Pase al Ministro Relator para fines consiguientes" (sic.), proveído suscrito por Julio Ortíz Linares, Presidente de Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia (fs. 137).

II.5.El 11 de octubre de 2007, se emite el Auto Supremo 517, declarando infundado el recurso de casación interpuesto, sin referir situación alguna respecto a la extinción de la acción formulada (fs. 122 a 125).

II.6.El 18 de octubre de 2007, el recurrente solicitó explicación y enmienda ante la falta de pronunciamiento respecto a los puntos del recurso y sobre la extinción de la acción presentada (fs. 140 a 141 vta.).

II.7.El 23 de octubre de 2007, la Secretaria de Cámara de la Sala Penal Primera, consignó en una nota que el escrito presentado por el ahora recurrente -sin referirse si fue al de solicitud de extinción o al de explicación y enmienda- ingresa a despacho luego de la declaratoria en comisión del Ministro, Teófilo Tarquino Mújica (fs. 142).

II.8.Mediante Auto 518 de 23 de octubre de 2007, los Ministros recurridos declaran no a lugar la explicación y enmienda; sobre la extinción de la acción, aduciendo que dada la naturaleza y fin de la complementación, explicación y enmienda, no correspondía pronunciamiento al respecto a través de esa vía (fs. 143 y vta.).

II.9.Mediante proveído de 23 de octubre de 2007, el Ministro Relator Teófilo Tarquino Mújica, decreto "En mérito a la nota que antecede estése a los datos del proceso" (sic.) (fs. 139).

II.10. El 31 de enero de 2008, el Presidente del Tribunal Segundo de Sentencia del Distrito Judicial de Santa Cruz, emitió el mandamiento de condena (fs. 332).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El recurrente alega la vulneración de sus derechos, a la “seguridad jurídica”, a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, y al debido proceso, argumentando que fue enjuiciado por los delitos de robo y lesiones leves, proceso en el que se emitió Sentencia condenatoria a cinco años de reclusión, y ante la vulneración de sus derechos formuló un primer recurso de amparo constitucional, en el que mediante la SC 0256/2007-R de 12 de abril, se concedió la tutela solicitada, precisamente por falta de pronunciamiento respecto a los puntos de la apelación, sin embargo, los Ministros recurridos, al pronunciar los Autos Supremos 517 de 11 de octubre de 2007, que declaró infundado el recurso de casación y el 518 de 23 del citado mes y año, declarando no a lugar la enmienda y complementación, incumplieron la citada Sentencia Constitucional, al no pronunciarse sobre la excusa de uno de los Vocales del Tribunal de apelación, la falta de sorteo del expediente a través del sistema informático y consiguiente remisión del recurso de apelación restringida directamente ante la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia, sobre la intervención de Adhemar Fernández Ripalde en el sorteo y en la emisión del Auto de 25 de abril de 2005, a pesar de su excusa, olvidando, a pesar de no haberse reclamado, el contenido de los arts. 15, 117 y ss. de LOJ. Además, no resolvieron el incidente de extinción de la acción penal por el transcurso del plazo máximo de duración del proceso. En consecuencia, corresponde dilucidar en revisión, si tales argumentos son evidentes y si constituyen actos ilegales lesivos de los derechos fundamentales del recurrente, a fin de otorgar o denegar la tutela solicitada.

III.1. Sujeción de la actuación del Tribunal Constitucional a la Constitución Política del Estado vigente desde el 7 de febrero de 2009

Con carácter previo a ingresar al análisis de la problemática planteada en el presente recurso, y en virtud a que el mismo se presentó y resolvió por el Tribunal de garantías en vigencia de la Constitución Política del Estado ahora abrogada, y al existir una nueva Ley Fundamental en plena vigencia, es necesario realizar algunas precisiones al respecto.

Las disposiciones de la Constitución Política del Estado, al ser la norma fundamental y fundamentadora de un Estado, son vinculantes para la conformación del sistema jurídico del país; en consecuencia, todas las normas inferiores deben adecuarse a lo prescrito por ella. Ahora bien, la Constitución promulgada y publicada el 7 de febrero de 2009, abrogó ícial"entrarla Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas posteriores, determinando a su vez en su Disposición Final: “Esta Constitución aprobada en referéndum por el pueblo boliviano entrará en vigencia el día de su publicación en la Gaceta Oficial”.

Al respecto, corresponde señalar que la Constitución, al ser reformada o sustituida por una nueva, mantiene su naturaleza jurídica, siendo que ontológicamente sigue siendo la norma suprema y fundamental dentro de un Estado, por lo mismo en razón a su exclusiva naturaleza jurídica, su operatividad en el tiempo no es semejante a la de las normas ordinarias; en ese sentido, los preceptos de una Ley Fundamental al entrar en vigencia, deben ser aplicados de forma inmediata, aún en casos pendientes de resolución iniciados con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política del Estado que se está aplicando, pues los derechos fundamentales, garantías constitucionales y los principios contenidos en la Constitución, adquieren plena e inmediata eficacia al entrar ésta en vigor.

De acuerdo a las consideraciones efectuadas, y conforme al mandato consagrado por el art. 410 de la Constitución Política del Estado vigente (CPE), al ser la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y gozar de primacía frente a cualquier otra disposición normativa, toda actuación de este Tribunal a objeto de cumplir el mandato constitucional y las funciones establecidas por los arts. 1 y 7 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC) y 4 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, debe ser afín al nuevo orden constitucional en observancia y coherencia con los Tratados y Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos, ratificados por el país y que forman parte del bloque de constitucionalidad. El referido entendimiento está acorde a lo previsto por el art. 6 de la Ley 003, que dispone que en la labor de

resolución y liquidación de causas ingresadas hasta el 6 de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional debe hacer prevalecer la primacía de la Constitución Política del Estado vigente.

Dentro de ese marco y considerando que la presente Sentencia es pronunciada en vigencia de la nueva Ley Suprema, se resuelve el caso concreto a la luz de las normas constitucionales actuales, sin dejar de mencionar las invocadas por el recurrente al momento de plantear el recurso.

III.2. Términos en la presente acción tutelar

Con relación a los sujetos que intervienen en la acción, el cambio en cuanto a la dimensión procesal de esta garantía, tiene incidencia directa en la terminología a utilizarse en cuanto a las partes procesales involucradas en las causas a ser resueltas; en ese contexto, la norma constitucional abrogada denominaba a las partes intervinientes, recurrente (s) y autoridad (es) recurrida (s), terminología que en la nueva dimensión procesal de esta garantía debe cambiar, motivo por el cual, la parte que hubo activado la tutela en vigencia de la anterior Constitución y cuya causa será resuelta por el Tribunal Constitucional en el marco del art. 4 de la Ley 003, deberá ser denominada “accionante”, aclarando su carácter inicial de recurrente. Por su parte, la autoridad contra la cual se activó este mecanismo procesal-constitucional, deberá ser denominada “autoridad demandada”; en caso de tratarse de persona individual o colectiva será “demandada (o)”, términos que se enmarcan a la nueva dimensión procesal de la acción de amparo constitucional.

En cuanto a la terminología utilizada en la parte dispositiva, en mérito a la configuración procesal prevista por el art. 129.IV de la CPE y a efectos de guardar coherencia en caso de otorgar la tutela se utilizará el término “conceder”, caso contrario “denegar” la tutela. Al respecto, cabe acoger la aclaración efectuada en la SC 0071/2010-R de 3 de mayo, en cuanto a la denegatoria del recurso, sin ingresar al análisis de la problemática de fondo, cuando establece: “No obstante, en resguardo de la previsión constitucional y a objeto de guardar armonía y no generar confusión con el uso de la terminología propia de la fase de admisión, corresponde en estos casos, 'denegar' la tutela solicitada con la aclaración de que: 'no se ingresó al análisis de fondo de la problemática planteada', dado que en estos casos el accionante puede nuevamente interponer la acción tutelar, siempre y cuando, cumpla con los requisitos de admisibilidad”.

III.3. Incumplimiento de sentencias constitucionales

Sobre el incumplimiento de sentencias constitucionales, se ha dejado claramente establecido que corresponde solicitar ante la misma autoridad que emitió el fallo en la vía constitucional, haga cumplir la sentencia constitucional pronunciada, o en su caso, acudir a la vía penal denunciando la comisión de dicho delito.

Cuando se interpone una acción de amparo constitucional alegando el incumplimiento de una sentencia emergente de una anterior acción tutelar, ya no corresponde realizar el análisis de fondo sobre su desobediencia, que el accionante en lugar de activar la jurisdicción constitucional mediante un nuevo recurso, ahora acción, debió exigir el cumplimiento inmediato ante el tribunal de garantías y más aún, en caso de que éste no cumpliera su labor de ejecución del fallo constitucional, acudir inclusive ante este Tribunal, sin perjuicio de ejercer su facultad de formular la acción penal correspondiente.

Conforme a ese criterio jurisprudencial, para exigir el cumplimiento de una resolución constitucional pronunciada en una anterior acción, ya sea de amparo constitucional o de hábeas corpus, no es pertinente interponer uno nuevo, se reitera el mismo, contenido también en la SC 0591/2010-R de 12 de julio.

III.4. Extinción de la acción penal: Autoridad competente para conocerla y resolverla

El art. 308 inc. 4) del Código de Procedimiento Penal (CPP), prevé la excepción de extinción de la acción penal y el art. 27 inc. 10) que la misma se declara por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso, el mismo que conforme el art. 133, ambos del citado cuerpo legal, no podrá exceder los tres años contados desde el primer acto del procedimiento, salvo caso de rebeldía.

El art. 44 del CPP, dispone, entre otros, que: “...El juez o tribunal que sea competente para conocer de un proceso penal, lo será también para decidir todas las cuestiones e incidentes que se

susciten en el curso de su tramitación, así como para dictar las resoluciones respectivas y ejecutarlas”; con relación a su trámite, el art. 314 del citado Código procedimental, prevé que: “Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes que, por su naturaleza o importancia, deban ser debatidas o requieran la producción de prueba, se tramitarán por la vía incidental, sin interrumpir la investigación y serán propuestas por escrito fundamentado en la etapa preparatoria y oralmente en el juicio, ofreciendo prueba y acompañando la documentación correspondiente...”. En ese contexto, tenemos que el incidente es una cuestión distinta o diferente de la causa principal del proceso, aunque relacionada directamente con él; puede ser planteado durante la tramitación del proceso o sobreviniente en la fase de ejecución de la sentencia.

Al respecto, la SC 0036/2005 de 16 de junio, estableció que la solicitud de extinción de la acción penal puede formularse: “...en cualquier estado del proceso puesto que una causal extintiva como la anotada impide definitivamente toda actividad de los órganos jurisdiccionales una vez que estén acreditados los extremos de la motivación a cuyo fin deberá confrontarse con los antecedentes que informan el proceso, sea por el juez de la causa, de apelación o, de casación o nulidad en su caso, según donde esté radicada la tramitación de la causa” (las negrillas son nuestras).

En cuanto a la forma de resolver una petición de extinción de la acción penal, la SC 0551/2010-R de 12 de julio, puntualiza: “...la aplicación de dichos preceptos legales por las autoridades jurisdiccionales, requiere en cada caso concreto de una valoración integral de varios factores que hacen a la defensa del debido proceso con relación al procesado, pero también al resguardo de las garantías jurisdiccionales que asisten a las otras partes procesales, ya sea Ministerio Público o el acusador particular (víctima), determinando y posibilitando de esa manera que la potestad de impartir justicia efectivice los principios ordenadores del sistema de administración de justicia.

(...) y que no esté supeditada única y exclusivamente al transcurso del tiempo...”.

Sobre la oportunidad de su pronunciamiento, la SC 0430/2010-R, de 28 de junio, sobre la oportunidad de resolver este incidente, subraya: “...las referidas cuestiones, deben ser resueltas con anterioridad a resolverse la causa principal por la naturaleza de las mismas, pues su objetivo es que se declare extinguida la acción penal, de manera que sería contrario al principio de economía procesal y a las normas del debido proceso, resolverlas con la causa principal, si al final se llegará a la conclusión de que la acción debe declararse extinguida, pues esta situación ya existía al momento de plantear la acción y no se opera al momento de resolverse la causa en el fondo. Entendimiento reiterado en la SC 0018/2006-R de 9 de enero” (las negrillas nos corresponden).

A esta altura cabe precisar que el recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene por finalidad cuestionar la resolución judicial de fondo en virtud a un precedente contradictorio que el recurrente considere contenga una incorrecta interpretación o aplicación de la ley (error in iudicando) o que ha sido emitida dentro de un procedimiento que no reúne los requisitos o condiciones de validez (error in procedendo), su conocimiento y resolución de fondo está a cargo de la Corte Suprema de Justicia; únicamente procede para impugnar autos de vista dictados por las cortes superiores en ejercicio de la competencia reconocida por el art. 51 inc. 2) del CPP; es decir, en la sustanciación y resolución del recurso de apelación restringida que a su vez procede respecto a sentencias emergentes de juicios sustanciados ante el tribunal de sentencia y juez de sentencia o como consecuencia de la aplicación del procedimiento abreviado por parte del juez de instrucción; y conforme el art. 416 del CPP, el precedente contradictorio, como requisito para acceder al recurso de casación a que se refiere la ley, no puede ser otro que un auto de vista o auto supremo emitido con anterioridad, al que la sentencia impugnada contradice, en ese contexto se estableció que será exigible la invocación de dicho precedente a tiempo de plantear la apelación restringida y en su caso cuando la sentencia no contradiga ningún precedente anterior, sino que el auto de vista impugnado contradiga el precedente, cuya invocación deberá incluirse en el planteamiento del recurso de casación.

En ese contexto, el tribunal de casación no tiene facultad para tramitar una petición de extinción de la acción, que en su trámite implicaría la sustanciación de una excepción que en estricta observancia del art. 50 del CPP, la Corte Suprema de Justicia, no tiene competencia para hacerlo, dado que el citado precepto la limita a las tres situaciones específicas: “1) Los recursos de

Casación; 2) Los recursos de revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada, y, 3) Las solicitudes de extradición". Al margen de esta restricción legal insalvable, se agrega una imposibilidad fáctica, por cuanto el trámite de las excepciones incluye la eventualidad de su impugnación conforme previene el art. 403 inc. 2) del código citado, consagrado además en el art. 180.II de la CPE, debido a que si la petición de extinción de la acción sería conocida y resuelta por el tribunal de casación, las partes que intervienen en el proceso no tendrían un medio de impugnación contra dicho pronunciamiento que admita o rechace dicha solicitud, convirtiéndola en una decisión indebidamente inapelable, pero además dictada por un órgano incompetente, por más que se tratase del máximo Tribunal de Justicia, situación que por supuesto bajo ningún concepto puede concebirse en un Estado de Derecho instituido por la misma Constitución Política del Estado, en base también al principio de igualdad de las partes del proceso. De ello se infiere que si bien la excepción de extinción de la acción penal puede oponerse en cualquier etapa del proceso, ello no implica que se deba presentar ante la autoridad donde se encuentre la causa.

Este razonamiento implica un cambio de línea jurisprudencial en cuanto a la resolución de la solicitud de extinción de la acción penal cuando es formulada en grado de casación, plasmado, entre otras, en las SSCC 0305/2005-R 0245/2006-R, cuyo contenido fue reiterado en la SC 0430/2010-R de 28 de junio, que se sustentó en el entendimiento jurisprudencial establecido en la SC 0101/2004 de 14 de septiembre. En consecuencia, reiteramos el cambio de línea jurisprudencial en sentido de que el hecho que se pueda solicitar en cualquier etapa del proceso no implica que el tribunal de casación tenga competencia para conocer y resolver dicha petición, que como se tiene dicho en estricta aplicación de la competencia que nace exclusivamente de la ley, corresponde a los jueces de instancia, con la eventualidad de su impugnación en la vía incidental ante las cortes superiores de distrito en sujeción al art. 51 inc.1) del CPP.

III.5. Ponderación constitucional de derechos

La interpretación precedentemente realizada sobre el trámite, sustanciación y competencia de la autoridad que debe resolver la solicitud de extinción de la acción penal, encuentra su fundamento y base en la ponderación de derechos de las partes procesales dentro de un proceso penal, esto es: imputado o acusado y víctima, ya sea constituida en parte civil o configurada como sociedad.

Para ello, es necesario partir de la doble naturaleza de aplicación y ejercicio del debido proceso, como derecho fundamental para proteger al ciudadano en primer orden de acceso a la justicia oportuna y eficaz, como así de resguardo de los posibles abusos de las autoridades originadas no sólo en actuaciones u omisiones procesales, sino también en las decisiones que adopten a través de las distintas resoluciones dictadas para dirimir situaciones jurídicas; y como garantía jurisdiccional al ser un medio de protección de otros derechos fundamentales que se encuentran contenidos como elementos del debido proceso, constituyendo las distintas garantías jurisdiccionales inherentes al mismo, normas rectoras a las cuales deben sujetarse las autoridades, pero también las partes en aplicación y resguardo del principio de igualdad.

En ese sentido, el debido proceso, como parte inherente de la actividad procesal, constituye una garantía de legalidad procesal que en materia penal comprende un conjunto de garantías jurisdiccionales que asisten a las partes procesales, lo que implica que el debido proceso no está limitado en su ejercicio en forma exclusiva al imputado o procesado, al contrario, tanto la víctima como el Ministerio Público en su rol acusador, están facultados a exigir el cumplimiento del debido proceso en todas las actuaciones que les sean atinentes. (En ese mismo sentido, la SC 0316/2010-R de 15 de junio).

En el caso concreto de la extinción de la acción penal, los razonamientos precedentes se materializan a través del equilibrio que debe existir entre los derechos tanto del imputado o procesado, cuanto de la víctima, lo que implica a su vez, el resguardo del principio de igualdad procesal, dado que: 1) El reconocer que la sustanciación y resolución de la solicitud de extinción corresponde al juez o tribunal de primera instancia conlleva la obligatoriedad de notificación a la víctima con la excepción de extinción interpuesta, a objeto de que ejerza su derecho a ser escuchada en su calidad de agraviada con el ilícito y cuya persecución penal se pretende extinguir con los efectos respectivos; y, 2) Por otra parte se tiene que si la extinción es conocida por quien sustanció el proceso penal, es lógico que el imputado tiene a su favor que en la misma instancia

donde se sustanció el proceso, se resuelva la extinción con mayores elementos de convicción sobre lo acontecido, habida cuenta que es el juez o tribunal de instancia, quien con mayor discernimiento y contando con los insumos necesarios para ello, efectúe una valoración integral de las circunstancias que determinen la procedencia o no de la extinción de la acción penal.

A lo referido se suma, un elemento de suma importancia, cual es el derecho a recurrir, garantizado en los arts. 180.II de la CPE y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y establecido también en el art. 394 del CPP, cuyo ejercicio se consolida con la sustanciación de la extinción en primera instancia, por cuanto ya sea que se defina el rechazo o la aprobación de la misma, la parte procesal que se considere afectada con dicha determinación, ya sea imputado o víctima tiene la posibilidad de impugnar vía apelación lo resuelto, situación que es inviable en casación, al no existir posibilidad de impugnación, dada la irrevocabilidad de las decisiones del Tribunal Supremo.

De otro lado, conviene también resaltar que la inmediación del juicio oral, se evidenciará en la participación directa del juez o tribunal de primera instancia del conocimiento de la extinción, lo cual coadyuva a su vez a la economía y celeridad procesal evitando que el tribunal de casación conozca situaciones incidentales al proceso y que no están contempladas dentro de su competencia y facultades, siendo que respondiendo a la inmediatez y alcance del juicio oral, es el juzgador de origen quien con mayor discernimiento al tener un contacto directo con las partes procesales, debe realizar la valoración integral requerida, no siendo necesaria la concurrencia de los jueces ciudadanos en el caso de tribunal de sentencia, al tratarse de un tema eminentemente técnico jurídico. Queda entendido que el trámite se sujetará a los principios de celeridad, oportunidad y economía procesal, que junto a otros no menos importantes hace a la actividad procesal, pero que sin embargo en este tipo de circunstancia se hacen más imperiosos a los efectos de evitar mayores dilaciones que las cuestionadas.

Finalmente, y no menos importante, se debe dejar claramente establecido, que para viabilizar procesalmente la tramitación de la extinción de la acción penal, y con el objeto de no generar una disfunción procesal, conocida la solicitud de extinción ante el juez o tribunal de instancia, éste tiene la obligación -previa a resolver la excepción- de comunicar a la Corte Suprema de Justicia de esa situación, solicitando además la inmediata remisión de antecedentes para la sustanciación y resolución de la extinción, cuya determinación de igual forma debe ser comunicada en forma inmediata al pronunciamiento a la Corte Suprema de Justicia, para que dicha instancia resuelva en función a ello lo que fuere en derecho.

III.6. Respecto a la legitimación pasiva y responsabilidad de los funcionarios subalternos del Poder Judicial

La SC 0332/2010-R de 17 de junio, precisó: *"...es necesario establecer que la responsabilidad o no del personal subalterno por contravenir lo dispuesto por la autoridad jurisdiccional será evaluada de conformidad a la actuación de esta, una vez prevenido de la omisión o comisión de la vulneración alegada, con el objetivo de reconducir el procedimiento y restituir los derechos o garantías vulnerados, puesto que si la autoridad jurisdiccional convalida la actuación, vulneradora o no del personal subalterno, automáticamente se deslinda de responsabilidad, con la consecuencia de asumirla por completo"*.

Por su parte, la SC 0942/2010-R de 17 de agosto, reiteró la jurisprudencia constitucional contenida en la SC 1572/2003-R de 4 de noviembre, que indicó: *"...que la administración de justicia está encomendada a los órganos jurisdiccionales del Estado, de acuerdo con los arts. 116.I y IV CPE y 3 de la Ley de Organización Judicial (LOJ); en consecuencia son los jueces los funcionarios que ejercen esa jurisdicción, entre tanto que los secretarios, actuarios y oficiales de diligencias, no tienen facultades jurisdiccionales sino que están obligados a cumplir las órdenes o instrucciones del juez, emergentes de sus decisiones, por lo que no tienen legitimación pasiva para ser demandados por cuanto no son los que asumen determinaciones de orden jurisdiccional dentro de los procesos, salvo que incurrieran en excesos contrariando o alterando esas determinaciones de la autoridad judicial..."*.

Así, el trabajo desempeñado por el personal subalterno o de apoyo jurisdiccional, secretarios de cámara, secretarios, actuarios, auxiliares y oficiales de diligencias de las diferentes salas, tribunales y juzgados, implica el cumplimiento de las disposiciones de la autoridad que ejerce jurisdicción y de la misma normativa aplicable a sus funciones, considerando que ante la impugnación respectiva, la autoridad que ejerce jurisdicción, debe pronunciarse sobre la validez de sus actuaciones; en caso de corroborar su invalidez, será dicha autoridad quien dispondrá su rectificación y si se verifica su validez, pronunciará resolución declaratoria, otorgándole la fuerza necesaria con la consecuencia jurídica que corresponda. En todo caso, será ésta la resolución sobre la cual recaiga la revisión, ante la alegación de vulneración de derechos fundamentales o garantías constitucionales, por parte de un tribunal de garantías y del mismo Tribunal Constitucional.

De ello se infiere que la legitimación pasiva recae sobre las autoridades jurisdiccionales, un razonamiento en contrario, implicaría permitir la impugnación de un acto realizado por el personal de apoyo jurisdiccional que no ejerce jurisdicción, situación que de ninguna forma puede derivar en la activación de la vía constitucional, al margen de la responsabilidad civil, administrativa e inclusive penal que pudiera dar lugar.

III.7. Análisis del caso concreto

III.7.1. En cuanto al incumplimiento de la SC 0256/2007-R de 12 de abril, respecto a la falta de pronunciamiento sobre todos y cada uno de los puntos de impugnación expuestos en el recurso de apelación restringida, Sentencia que concedió la tutela dejando sin efecto el Auto Supremo de 7 de marzo de 2006, disponiendo se dicte uno nuevo con el pronunciamiento extrañado, la amplia jurisprudencia constitucional, confirma que tanto el amparo constitucional como el hábeas corpus, no constituyen medios idóneos, y por tanto no pueden ser utilizados, para agilizar o exigir el cumplimiento de las resoluciones pronunciadas en anteriores recursos constitucionales, ya sea por el juez o tribunal de garantías o por el propio Tribunal Constitucional en revisión. El accionante a través de la interposición del presente recurso, extraña el incumplimiento de la citada SC 0256/2007-R, pretende exigir su cumplimiento mediante la interposición de la acción tutelar y en consecuencia, en cuanto a los argumentos expuestos respecto del pronunciamiento sobre todos y cada uno de los puntos del recurso de apelación restringida formulado, no corresponde ingresar a su análisis ni conceder la tutela solicitada por el accionante, al no haber acudido, dentro del mismo primer recurso, ahora acción de amparo constitucional, a las autoridades y exigir el cumplimiento, pretendiendo erradamente con la interposición de la presente acción el cumplimiento de otro fallo constitucional, siendo de observancia y aplicación el contenido del Fundamento Jurídico III.3 expuesto en la presente Sentencia.

III.7.2. En cuanto al argumento expuesto por el accionante en sentido de que se vulnerarían sus derechos al debido proceso, a la defensa y los principios de pertinencia y congruencia, debido a que las autoridades demandadas resolvieron el recurso de casación sin emitir pronunciamiento alguno respecto a la solicitud de extinción de la acción presentada el 4 de octubre de 2007, antes de la emisión del Auto Supremo 517 de 11 de octubre de 2007, se concluye que no es evidente dicha vulneración, debido a que estando la causa en estado para la emisión de fallo de fondo, el Tribunal de casación no podía, a petición de parte y menos de oficio, resolver la peticionada extinción de la acción penal, razonamiento expuesto en el Fundamento Jurídico III.4 de la presente Sentencia; en ese sentido, los demandados en la presente acción tutelar no tienen competencia para conocer y dilucidar la extinción de la acción por el transcurso del tiempo formulada por el accionante, ni efectuar consideración alguna al respecto, considerando además que esta imposibilidad encuentra respaldo en el hecho de que el pretender una resolución de esta naturaleza por el Tribunal de casación implica la limitación al principio de impugnación consagrado por el art. 180.II de la CPE, garantizado por la Ley Fundamental a todas las partes que intervienen en el proceso, además del desconocimiento y quebrantamiento del equilibrio constitucional de los derechos fundamentales de las partes procesales, como se explicó abundantemente en el Fundamentos Jurídicos III.5.

III.7.3. Finalmente, con relación a la intervención en calidad de demandada dentro de la presente acción tutelar, de la Secretaria de Cámara de Sala Penal Primera de la Corte Suprema de Justicia,

es de aplicación el Fundamento Jurídico III.6. de la presente Sentencia, en consecuencia, y así se declara, la referida funcionaria de apoyo jurisdiccional, queda excluida de la acción tutelar por falta de legitimación pasiva.

En consecuencia, el Tribunal de garantías, al haber concedido parcialmente el recurso, ahora acción de amparo constitucional, no ha compulsado correctamente los hechos y alcances de la presente acción tutelar.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 4 y 6 de la Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público; 7 inc. 8) y 102.V de la LTC, en revisión, resuelve REVOCAR la Resolución 59/08 de 5 de marzo de 2008, cursante de fs. 336 a 341 vta., pronunciada por la Sala Penal de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca; y en consecuencia, DENIEGA la tutela solicitada, debiendo el proceso penal volver al estado anterior a pronunciarse la errónea concesión de la tutela por el Tribunal de garantías, precisamente por el pronunciamiento respecto a la solicitud de extinción de la acción.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No intervienen el Decano, Dr. Abigael Burgoa Ordóñez, ni el Magistrado, Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés, por ser ambos de voto disidente.

Fdo. Dr. Juan Lanchipa Ponce

PRESIDENTE

Fdo. Dr. Ernesto Félix Mur

MAGISTRADO

Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños

MAGISTRADA

BOLIVIA- Sentencia 8

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0318/2011-R

Sucre, 1 de abril de 2011

Expediente: 2008-18061-37-RAC

Distrito: Chuquisaca

Magistrada Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños

En revisión la Resolución pronunciada dentro del recurso de amparo constitucional, ahora acción de amparo constitucional, interpuesto por Carlos Alfredo Arizaga Alarcón en representación de Pascual Alaca Soto, Oliver Alaca Soto, Jaime Reque Jaimes, Pedro Ruiz Valencia y Martín Alaca Soto contra José Luis Baptista Morales y Ángel Irusta Perez, Ministros de la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

I.- ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la acción

En el memorial presentado el 28 de mayo de 2008, cursante de fs. 102 a 106, el accionante alega que:

I.1.1. Hechos que la motivan

El 18 de octubre de 2003, se inició un proceso penal en contra de sus mandantes, por la presunta comisión de los delitos de allanamiento de domicilio, daño calificado, asociación delictuosa, instigación pública a delinquir, lesiones graves y leves, tentativa de homicidio y complicidad, proceso que se habría sustanciado incurriendo en una serie de errores, vicios procesales, irregularidades y negligencia atribuible al Ministerio Público y a las autoridades judiciales, dictándose Sentencia recién el 15 de febrero de 2006; siendo ésta lesiva a los derechos de sus representados, plantearon recurso de apelación y posteriormente el de casación.

Indica que, la tramitación de dicho proceso, duró más de lo razonable y de conformidad a los arts. 27 inc. 10) y 133 del Código de Procedimiento Penal (CPP), solicitaron la extinción del proceso penal por mora judicial el 8 de diciembre de 2006; sin embargo, sin atender previamente dicho pedido, como señala el art. 308 del CPP, la Corte Suprema de Justicia emitió la Resolución 128/2007 de 15 de febrero, sin pronunciarse sobre la extinción de la acción penal solicitada, por lo que plantearon amparo constitucional, el que les fue concedido, ordenando a la Corte Suprema de Justicia dicte nueva resolución, razón por la cual, ésta emitió el Auto Supremo 364 de 29 de noviembre de 2007, sin previo sorteo, fundamentación ni motivación alguna y al haber demostrado que la demora en la tramitación del proceso penal es imputable, a los jueces, fiscales y al propio querellante y no así a sus representados, quienes actuaron en legítima defensa y que de acuerdo al art. 133 del CPP, corresponde la extinción de la acción penal.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

El accionante, manifiesta que se han vulnerado los derechos de sus representados a la petición, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a un procesamiento en un tiempo razonable, citando al efecto los arts. 7 inc. a), h), 16 y 116.X de la Constitución Política del Estado abrogada (CPEabrg).

I.1.3. Petitorio

Solicita se declare “procedente” la acción, disponiendo la nulidad del Auto Supremo 364 de 29 de noviembre de 2007, se determine la extinción del proceso penal por mora judicial y por vencimiento del plazo establecido por el art. 133 del CPP, o en su caso, se pronuncie nueva resolución debidamente fundamentada y motivada.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

Efectuada la audiencia pública el 14 de diciembre de 2010, conforme consta en el acta cursante de fs. 183 a 186, con la presencia de la parte accionante y en ausencia de las autoridades demandadas y del representante del Ministerio Público, se produjeron los siguientes actuados.

I.2.1. Ratificación de la acción

La parte accionante, ratificó íntegramente los términos de la acción.

I.2.2. Informe de las autoridades demandadas

La autoridad demandada, José Luis Baptista Morales, Presidente de la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia, mediante informe cursante de fs. 150 a 151, señaló: a) No existe argumento alguno valedero para que el Tribunal de garantías deje sin efecto el Auto Supremo 364 de 29 de noviembre de 2009; b) La excesiva carga procesal que abrumba a las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, se debe principalmente a que, a lo largo de toda la sustanciación de la causa, de un modo predominante y casi general, los procesados presentan excepciones e incidentes sin motivo real, e impugnaciones forzando argumentos para dar apariencia de legales a apelaciones no apelables y a recursos no recurribles (sic); c) En cuanto al retraso con el que se resuelven los recursos de casación, está absolutamente comprobado que ello no se debe a descuido o negligencia de los Ministros, pues, como se demuestra por la copia adjunta al presente informe, va más allá de lo razonable o sensato el criterio expuesto por los impetrantes (sic); y, d) No hay tal prolongación irracional del proceso en cuestión, pues el Auto Supremo 364 de 29 de noviembre de 2007, después de rechazar la pretensión de los impetrantes sobre extinción de la acción penal, dispuso que prosiga la sustanciación de la indicada causa hasta su conclusión.

La autoridad codemandada, Ángel Irusta Pérez, Ministro de la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en el informe cursante de fs. 160 a 163, sostuvo: 1) Que fueron los propios procesados quienes actuaron de modo que el proceso no avance, para superar el plazo previsto por el art. 133 del CPP y no habiéndose constatado que la dilación sea atribuible al órgano judicial y/o al Ministerio Público, se resolvió negar la solicitud de la extinción de la acción penal impetrada; y, 2) El sorteo extrañado por los accionantes, constituye requisito indispensable para el pronunciamiento del Auto Supremo que resuelva el recurso de casación, no existiendo ninguna norma legal que exija dicha formalidad para el pronunciamiento referido a excepciones o incidentes que son de previo y especial pronunciamiento.

I.2.3. Resolución

La Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca, constituida en Tribunal de garantías, pronunció la Resolución 325 de 14 de diciembre de 2010, cursante de fs. 187 a 190, por la que concedió la acción de amparo constitucional, disponiendo la nulidad del Auto Supremo 364 de 29 de noviembre de 2007; argumentando que dicha Resolución, se limitó a efectuar una relación de los hechos y actuados procesales, sin haber fundamentado el porqué no existió mora atribuible a las autoridades jurisdiccionales o fiscales, o en todo caso, el porqué consideraron o entendieron que la mora fue imputable a los procesados ahora accionantes, aspecto que afecta de manera directa al debido proceso.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

En el marco de la Ley 040 de 1 de septiembre de 2010, se ampliaron las facultades otorgadas a este Tribunal por Ley 003 de 13 de febrero de 2010, denominada Ley de Necesidad de Transición a los Nuevos Entes del Órgano Judicial y Ministerio Público, a objeto de conocer y resolver las acciones de defensa de derechos fundamentales presentadas a partir del 7 de febrero de 2009, es decir bajo el nuevo orden constitucional; por lo que, según Acuerdo Jurisdiccional 001/2011 de 11 de enero, se procedió al sorteo de las causas pendientes. En el caso, habiéndose efectuado tal actuado procesal el 11 de enero de esta gestión, se solicitó ampliación de plazo, el mismo que fue concedido por Acuerdo Jurisdiccional 008/2011-TER de 10 de marzo, por lo que la presente Resolución se pronuncia dentro de plazo.

II. CONCLUSIONES

Del atento análisis y compulsa de los antecedentes que cursan en obrados, se establecen las siguientes conclusiones:

II.1. Mediante memorial presentado el 8 de diciembre de 2006, dirigido al Presidente y Ministros de la Corte Suprema de Justicia, los accionantes y otros, solicitaron la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso (fs. 85 a 87 vta.).

II.2. Por Auto Supremo 364 de 29 de noviembre de 2007 (fs. 99 a 100), la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia, dispone que no se extinga la acción penal, debiendo proseguir dicho proceso hasta su conclusión, en base al siguiente y único fundamento:

“Que en lo concerniente a la dilación del proceso, la Sentencia Constitucional 101/04 de 14 de septiembre, señaló: 'el juez o tribunal del proceso, de oficio o a petición de parte, declarará extinguida la acción penal cuando la dilación del proceso más allá del plazo máximo establecido sea atribuible al órgano judicial y/o Ministerio Público...'

POR TANTO: la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en el ejercicio (sic).

II.3. A través del Auto Supremo 128 de 15 de febrero del 2007, la Sala Penal Segunda de la Corte Suprema de Justicia, declaró inadmisibles los recursos de casación interpuestos por los accionantes y otros. (fs. 89 a 91); Resolución que fue anulada en base al entonces recurso de amparo constitucional, porque la misma fue pronunciada previamente a la petición de la extinción de la acción penal interpuesta y que fue aprobada por el Tribunal Constitucional mediante SC 1204/2010-R de 6 de septiembre.

III. FUNDAMENTOS JURIDÍCOS DEL FALLO

El accionante alega, la vulneración de los derechos de sus representados a la petición, al debido proceso, a la seguridad jurídica y a un procesamiento en un tiempo razonable y sin dilaciones indebidas, por cuanto el Auto Supremo ahora impugnado, es una Resolución sin motivación ni fundamentación y porque se ha demostrado que la demora en la tramitación del proceso penal es imputable a los Jueces, Fiscales y al propio querellante. En consecuencia, corresponde en revisión, verificar si tales extremos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela.

III.1. Jurisprudencia

III.1.1. El Tribunal de casación no tiene competencia para conocer petición de extinción de la acción penal, según lo previsto por el art. 50 del CPP.

La SC 1716/2010-R de 25 de octubre, con referencia a la competencia del Tribunal de casación para resolver peticiones de extinción de la acción penal, ha establecido que: “...el tribunal de casación no tiene facultad para tramitar una petición de extinción de la acción, que en su trámite implicaría la sustanciación de una excepción que en estricta observancia del art. 50 del CPP, la Corte Suprema de Justicia, no tiene competencia para hacerlo, dado que el citado precepto la limita a las tres situaciones específicas: '1) Los recursos de Casación; 2) Los recursos de revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada, y, 3) Las solicitudes de extradición'. Al margen de esta restricción legal insalvable, se agrega una imposibilidad fáctica, por cuanto el trámite de las excepciones incluye la eventualidad de su impugnación conforme previene el art. 403 inc. 2) del código citado, consagrado además en el art. 180.II de la CPE, debido a que si la petición de extinción de la acción sería conocida y resuelta por el tribunal de casación, las partes que intervienen en el proceso no tendrían un medio de impugnación contra dicho pronunciamiento que admita o rechace dicha solicitud, convirtiéndola en una decisión indebidamente inapelable, pero además dictada por un órgano incompetente, por más que se tratase del máximo Tribunal de Justicia, situación que por supuesto bajo ningún concepto puede concebirse en un Estado de Derecho instituido por la misma Constitución Política del Estado, en base también al principio de igualdad de las partes del proceso. De ello se infiere que si bien la excepción de extinción de la

acción penal puede oponerse en cualquier etapa del proceso, ello no implica que se deba presentar ante la autoridad donde se encuentre la causa.

Este razonamiento implica un cambio de línea jurisprudencial en cuanto a la resolución de la solicitud de extinción de la acción penal cuando es formulada en grado de casación, plasmado, entre otras, en las SSCC 0305/2005-R 0245/2006-R, cuyo contenido fue reiterado en la SC 0430/2010-R de 28 de junio, que se sustentó en el entendimiento jurisprudencial establecido en la SC 0101/2004 de 14 de septiembre. En consecuencia, reiteramos el cambio de línea jurisprudencial en sentido de que el hecho que se pueda solicitar en cualquier etapa del proceso no implica que el tribunal de casación tenga competencia para conocer y resolver dicha petición, que como se tiene dicho en estricta aplicación de la competencia que nace exclusivamente de la ley, corresponde a los jueces de instancia, con la eventualidad de su impugnación en la vía incidental ante las cortes superiores de distrito en sujeción al art. 51 inc.1) del CPP” (las negrillas son nuestras).

III.1.2. Corresponde a los jueces de primera instancia, conocer las solicitudes y/o incidentes de extinción de la acción penal.

Asimismo, la SC 1716/2010-R de 25 de octubre, ha establecido que corresponde a la autoridad de primera instancia y en su caso, al Tribunal de Sentencia conformado únicamente por los jueces técnicos, quienes conocerán el trámite de extinción de la acción penal, resguardando los principios a los cuales se rige el sistema procesal penal, quienes antes de resolver dicho petitorio, deberán solicitar a la Corte Suprema de Justicia, la remisión inmediata de todos los antecedentes procesales para que de esta forma, el Tribunal de Sentencia pueda resolver la extinción de forma fundamentada y motivada; determinación que de la misma forma debe ser comunicada a la Corte Suprema de Justicia para que se pronuncie según corresponda; en este sentido la referida Sentencia señaló: “ (...) conviene también resaltar que la inmediación del juicio oral, se evidenciará en la participación directa del juez o tribunal de primera instancia del conocimiento de la extinción, lo cual coadyuva a su vez a la economía y celeridad procesal evitando que el tribunal de casación conozca situaciones incidentales al proceso y que no están contempladas dentro de su competencia y facultades, siendo que respondiendo a la inmediatez y alcance del juicio oral, es el juzgador de origen quien con mayor discernimiento al tener un contacto directo con las partes procesales, debe realizar la valoración integral requerida, no siendo necesaria la concurrencia de los jueces ciudadanos en el caso de tribunal de sentencia, al tratarse de un tema eminentemente técnico jurídico. Queda entendido que el trámite se sujetará a los principios de celeridad, oportunidad y economía procesal, que junto a otros no menos importantes hace a la actividad procesal, pero que sin embargo en este tipo de circunstancia se hacen más imperiosos a los efectos de evitar mayores dilaciones que las cuestionadas.

Finalmente, y no menos importante, se debe dejar claramente establecido, que para viabilizar procesalmente la tramitación de la extinción de la acción penal, y con el objeto de no generar una disfunción procesal, conocida la solicitud de extinción ante el juez o tribunal de instancia, éste tiene la obligación -previa a resolver la excepción- de comunicar a la Corte Suprema de Justicia de esa situación, solicitando además la inmediata remisión de antecedentes para la sustanciación y resolución de la extinción, cuya determinación de igual forma debe ser comunicada en forma inmediata al pronunciamiento a la Corte Suprema de Justicia, para que dicha instancia resuelva en función a ello lo que fuere en derecho” (las negrillas nos corresponden).

III.2. La acción de amparo constitucional y su naturaleza jurídica

La acción de amparo constitucional consagrada por el art. 128 de la Constitución Política del Estado (CPE), se instituye por la Ley Fundamental como una acción tutelar de defensa contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la misma Norma Suprema y la ley.

De conformidad a la disposición constitucional citada y en aplicación y vigencia de la Constitución Política del Estado, la acción de amparo constitucional es una acción de defensa de todos los derechos fundamentales y garantías previstas en la Ley Fundamental y en los Pactos y Tratados

sobre derechos humanos ratificados por nuestro Estado Plurinacional (art. 410 de la CPE), salvo los derechos a la libertad y a la vida -cuando éste se encuentre vinculado a la libertad-, que está bajo la protección de una acción específica cómo es acción de libertad. En este sentido, la acción de amparo constitucional tiene carácter extraordinario, una tramitación especial y sumaria; la inmediatez en la protección y no reconoce ningún fuero, privilegio ni inmunidad con relación a las autoridades o personas accionadas.

III.3. Análisis del caso concreto

Si bien la presente acción fue sorteada en vigencia de la actual Constitución Política del Estado, sin embargo, dicha situación fue por causa de distintas acciones que previamente fueron planteadas, así consta que por Auto Constitucional 0210/2010-RCA de 24 de agosto, éste Tribunal, dispone que el Tribunal de garantías, admita la presente acción en la forma prevista por el art. 100 de la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), sometiendo la causa al trámite establecido.

En el presente caso, los accionantes presentaron un incidente solicitando la extinción de la acción penal por que supuestamente se hubiese cumplido y excedido el plazo que la ley determina para la culminación de un proceso, que conforme lo previsto por el art. 133 del CPP, es de tres años; y que en el proceso penal ya han transcurrido cuatro años y siete meses, mereciendo el Auto Supremo ahora impugnado por el cual, se rechaza la extinción de la acción penal, que a criterio de los accionantes, no se encuentra debidamente fundamentada y motivada, razón por la cual, plantearon la presente acción de amparo constitucional, solicitando la tutela, misma que fue concedida por el Tribunal de garantías; empero, si bien dicho Tribunal no conocía a la fecha de resolver la causa el nuevo entendimiento asumido por el Tribunal Constitucional con referencia a la petición y conocimiento de la extinción de la acción penal; sin embargo de ello, éste Tribunal debe aplicar la nueva línea jurisprudencial de carácter vinculante.

En este sentido, se constata que el Tribunal de casación, se encontraba conociendo la extinción de la acción penal interpuesta por los procesados, pese a que, conforme a lo previsto por el art. 50 del CPP, solamente tienen competencia para dilucidar tres situaciones: 1) Los recursos de Casación; 2) Los recursos de revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada, y, 3) Las solicitudes de extradición; consiguientemente, la jurisprudencia citada en el Fundamento Jurídico III.1.1 de este fallo, es aplicable en el presente caso, toda vez que la autoridad competente para conocer y resolver la extinción de la acción, es el Juez de primera instancia, en este caso, el Tribunal de Sentencia conformado simplemente por sus dos jueces técnicos.

Ahora bien, considerando el derecho a la doble instancia de una decisión definitiva que pueda poner fin a un proceso penal y al principio de igualdad procesal, previstas en los arts. 180.I y II de la CPE y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y mencionados en la SC 1716/2010-R el procesado, la víctima o el Ministerio Público, en mérito a lo previsto por el art. 394 del CPP, podrán impugnar esta determinación, aclarando que una vez sea resuelto en el marco del principio de celeridad y fundamentado el referido pronunciamiento, los Vocales que conocieron la apelación, deberían dar conocimiento a la Corte Suprema de Justicia de dicho pronunciamiento para que esa máxima instancia ordinaria se pronuncie conforme a derecho y según corresponda; y en caso de que no exista apelación a la resolución que defina sobre la extinción de la acción, recién el Juez o Tribunal de Sentencia una vez ejecutoriada la misma, pondrá inmediatamente a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia para el pronunciamiento antes referido; situación que complementa a la Sentencia Constitucional citada. En consecuencia, las autoridades demandadas no tienen ni tenían competencia para pronunciarse sobre la petición de los accionantes respecto a la extinción de la acción, situación que imposibilita a éste Tribunal, conocer si el Auto Supremo ahora impugnado, se encuentra o no, debidamente fundamentado o motivado, debiendo en todo caso, aplicarse la nueva línea jurisprudencial establecida en la SC 1716/2010-R, constituyéndose pertinente si se diera el caso, la aplicación de la presente sub regla:

1.- Pronunciada la resolución de la extinción de la acción penal por el Juez o Tribunal de Sentencia, ésta debe ser puesta de forma inmediata en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia (Tribunal de casación), siempre y cuando la misma se encuentre ejecutoriada y consiguientemente no haya sido apelada.

2.- Ante la eventualidad de que la resolución que defina la extinción de la acción haya sido apelada y resuelta por una de las Salas competentes, los Vocales pondrán en conocimiento inmediato de la Corte Suprema (Tribunal de casación) para que dicha instancia se pronuncie conforme a derecho.

Finalmente, los accionantes pretenden que este Tribunal, se pronuncie o declare la extinción de la acción penal interpuesta; sin embargo, la valoración de las pruebas que inducen a comprobar si efectivamente existió dilación del proceso y la resolución para dicho efecto, es de exclusiva competencia y atribución de las instancias ordinarias y no así, de la justicia constitucional.

En consecuencia, el Tribunal de garantías, al conceder la acción de amparo constitucional, no ha evaluado en forma correcta los datos del proceso y las normas aplicables al mismo.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confiere el art. 3 de la Ley 040 de 1 de septiembre de 2010, que modifica el art. 4.I de la Ley 003 del 13 de febrero de 2010, en revisión, resuelve: REVOCAR la Resolución 325 de 14 de diciembre de 2010, cursante de fs. 187 a 190, pronunciada por la Sala Civil Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca; y en consecuencia, DENEGAR la tutela solicitada.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No intervienen el Decano, Dr. Abigael Burgoa Ordóñez y el Magistrado, Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés, por ser ambos de voto disidente.

Fdo. Dr. Juan Lanchipa Ponce

PRESIDENTE

Fdo. Dr. Ernesto Félix Mur

MAGISTRADO

Fdo. Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños

MAGISTRADA

BOLIVIA- Sentencia 9

3.2. Sentencia reportada que modula la jurisprudencia en sentido negativo

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 1529/2011-R

Sucre, 11 de octubre de 2011

Expediente: 2009-20940-42-AAC

Distrito: Santa Cruz

Magistrado Relator: Dr. Ernesto Félix Mur

En revisión la Resolución pronunciada dentro de la acción de amparo constitucional interpuesta por Efrain Mamani contra Edgar Molina Aponte, Adhemar Fernández Ripalda y Samuel Saucedo Iriarte, Vocales de la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz.

I.- ANTECEDENTES CON RELEVANCIA JURÍDICA

I.1. Contenido de la acción

Por memorial presentado el 1 de octubre de 2009, cursante de fs. 34 a 36, subsanado el 12 de igual mes y año (fs. 38), el accionante expresa los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

I.1.1. Hechos que la motivan

En audiencia de juicio oral planteó extinción de la acción penal, resuelta por Auto motivado declarándolo procedente a su favor y de otros coimputados, ante esta decisión el Ministerio Público planteó apelación, alegando la existencia de maniobras dilatorias perpetradas por los imputados, consistentes en: a) El incumplimiento de las medidas sustitutivas; y, b) La falta de señalamiento de domicilio del accionante. Al respecto invoca, que en el cuaderno procesal no existía ninguna solicitud de revocatoria de las medidas sustitutivas ni memorial alguno en el que se denuncie su inobservancia y si no hubieran señalado domicilio, debieron haberse practicado las notificaciones por otro medio legal, para que en caso de incomparecencia sea declarado rebelde.

Los demandados mediante Auto de Vista de 21 de abril de 2009, declararon procedente el recurso de apelación interpuesto, y revocaron el Auto de 15 de enero del citado año, en definitiva declararon improbadamente la excepción de extinción de la acción penal.

I.1.2. Derechos supuestamente vulnerados

Indica la lesión de sus derechos al debido proceso, en su componente al derecho a una resolución debidamente fundamentada, y a la "seguridad jurídica", citando al efecto los arts. 13, 14, 15.II, 116 y 119 de la Constitución Política del Estado (CPE).

I.1.3. Petitorio

Solicita se declare procedente el "recurso" de amparo constitucional.

I.2. Audiencia y Resolución del Tribunal de garantías

Instalada la audiencia pública es realizada a horas 15:30 del 18 de noviembre de 2009, conforme consta en el acta cursante de fs. 65 a 67, en presencia del accionante asistido de su abogado; y, en ausencia de las autoridades demandadas, se produjeron los siguientes actuados:

I.2.1. Ratificación y ampliación de la acción

El abogado del accionante, haciendo un breve resumen de la acción interpuesta añadió que: 1) Su defendido ingresó en la cárcel pública de Palmasola el 25 de junio de 2004, y salió con cesación a la detención preventiva el 16 de septiembre de ese año, señalando domicilio en la UV. 26, Manzana 6, Lote 1, otorgado en garantía hipotecaria, lugar donde se encontraba con detención

domiciliaria y con escolta. Argumenta que el Ministerio Público abandono el proceso, prueba de ello es que los Vocales demandados, ordenaron que se le notifique por edicto a uno de los imputados, el que recién se publicó el 5 de septiembre de 2007; 2) Desde el 25 de junio de 2004, fecha en la que su representado se puso a disposición del órgano jurisdiccional, al 5 de septiembre de 2007, momento en el cual presentó el Ministerio Público el edicto, transcurrieron más de tres años. El accionante pidió una certificación al Tribunal donde se certificó que se encontraba firmando cotidianamente como lo impuso el juez cautelar; y, 3) Los Vocales demandados no tomaron en cuenta que las causas que motivaron la retardación de justicia entre ellas la dejadez del Ministerio Público al haber abandonado el proceso durante tres años. Solicito se declare extinguida la acción penal y se levante todas las medidas jurisdiccionales o cautelares impuestas en su momento.

I.2.2. Informe de las autoridades demandadas

Edgar Molina Aponte, Adhemar Fernández Ripalda y Samuel Saucedo Iriarte, Vocales de la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, no presentaron informe escrito ni concurrieron a la audiencia de amparo constitucional.

I.2.3. Resolución

La Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz, constituida en Tribunal de garantías, pronunció la Resolución 52/2009 de 18 de noviembre, cursante de fs. 67 a 68, por la que concedió la acción de defensa, anulando el Auto de Vista de 21 de abril de 2009 y disponiendo que dicho Tribunal pronuncie uno nuevo con los fundamentos contenidos en la Resolución de amparo, sin la condenación de costas ni responsabilidades; bajo los siguientes fundamentos: En el cuaderno procesal se encuentra el certificado expedido por la Policía Nacional, dirección provincial de Montero, en la que se acredita que Efraín Mamani tiene establecido su domicilio en esa ciudad, barrio San Juan, calle 1, dado que el Tribunal de segunda instancia basó el Auto de Vista de 21 de enero de 2009 para revocar el fallo de 15 de enero de ese año, en la supuesta falta de esta documentación; en consecuencia, incurrió en error, correspondiendo al Tribunal de amparo conceder la tutela solicitada.

I.3. Trámite procesal en el Tribunal Constitucional

El art. 3 de la Ley 040 de 1 de septiembre de 2010, modificatorio del art. 4.I de Ley 003 de 13 de febrero de ese año, amplía las facultades otorgadas a este Tribunal, para resolver las acciones de defensa de derechos fundamentales, interpuestas desde el 7 de febrero de 2009. Por lo que, según Acuerdo Jurisdiccional 001/2011 de 11 de enero, se procedió a la reanudación de la tramitación de causas; sorteada la presente el 31 de agosto de 2011, se pronuncia la Sentencia dentro de plazo.

II. CONCLUSIONES

Realizado el análisis del expediente y de la prueba ofrecida, se concluye lo siguiente:

II.1. En la audiencia de aplicación de medidas cautelares de los imputados entre ellos Efraín Mamani, el 25 de junio de 2004, se dispuso su detención preventiva, por la supuesta comisión del delito de tráfico de sustancias controladas y asociación delictuosa (fs. 2 a 7 vta.).

II.2. El 15 de enero de 2009, se llevó adelante la celebración del juicio oral dentro del proceso seguido por el Ministerio Público contra el accionante, donde se declaró probada la extinción de la acción planteada por él (fs. 22 a 27 vta.), el Fiscal de Materia, José Ausberto Parra Heredia, frente a tal decisión interpuso recurso de apelación incidental (fs. 28 a 31).

II.3. El medio de impugnación aludido se resolvió por la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz declarando su procedencia, disponiendo la revocatoria del Auto de 15 de enero de 2009, declarando improbadamente la excepción de extinción de la acción por duración máxima del proceso, deducida por el accionante, debiendo continuarse con el trámite del proceso (fs. 32).

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO

El accionante alega la vulneración de sus derecho al debido proceso, en su componente al derecho a una resolución debidamente fundamentada, y a la “seguridad jurídica”; dado que, los Vocales demandados con el argumento que no fijó domicilio y que incumplió las medidas sustitutivas que le impusieron, carentes de toda fundamentación, revocaron el Auto de 15 de enero de 2009, que declaraba probada la excepción de extinción de la acción emitida en su favor. En consecuencia corresponde en revisión, verificar si tales extremos son evidentes a fin de conceder o denegar la tutela solicitada.

III.1. La extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo

Para que el vencimiento del plazo máximo de duración del proceso, constituya una causal de la extinción de la acción penal, prevista en el art. 27 inc.10) del Código de Procedimiento Penal (CPP), además del transcurso del tiempo fijado en un máximo de tres años según el art. 133 del citado cuerpo legal, es necesario tomar en cuenta las circunstancias que incidieron para que se diera la dilación en su tramitación.

La jurisprudencia constitucional en la SC 1684/2010-R de 25 de octubre, que a su vez cita la SC 1042/2005-R de 5 de septiembre, afirma: “...Es importante recordar que la extinción del proceso penal por mora judicial tiene su base de sustentación en el derecho que tiene toda persona procesada penalmente a un proceso sin dilaciones indebidas, un derecho que forma parte de las garantías mínimas del debido proceso, consagrado por el art. 14.3.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como un derecho a un proceso dentro de un plazo razonable, instrumentos normativos que forman parte del bloque de constitucionalidad, conforme ha determinado este Tribunal en su amplia jurisprudencia”.

En ese sentido, la SC 0551/2010-R de 12 de julio, haciendo alusión a los supuestos que deben ser considerados para resolver, definiendo: “Con relación a ello, vale dejar claramente establecido que el plazo fatal y fijo, no puede ser considerado como único criterio para extinguir una causa por duración máxima del proceso, sino que también debe ponderarse en forma concurrente los factores ya citados en la jurisprudencia constitucional glosada, efectuando un análisis para cada caso concreto, donde deberá analizarse si existen elementos suficientes que establezcan la extinción de la acción, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, aspectos que constituyen una omisión indebida por parte de los codemandados, sin soslayar que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano, como la falta de nombramiento oportuno de dichas autoridades, las frecuentes e intempestivas renunciaciones de funcionarios de esas reparticiones, así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia. En consecuencia, corresponderá efectuar un estudio integral de los elementos que incidieron en la mora procesal, sin atentar contra la eficacia de la coerción penal favoreciendo a la impunidad”.

En consecuencia, es el juez o tribunal el que determina si la retardación, se debió al encausado, al órgano judicial o al Ministerio Público, evaluando los antecedentes cursantes para disponer, si la situación lo amerita, la extinción de la acción penal, que supone para el Estado la pérdida del ius puniendi.

Si bien la extinción de la acción penal, encuentra justificación en la conclusión del proceso en un plazo razonable, conforme lo anotado en la jurisprudencia: “...se vulnera el derecho a la celeridad procesal y, dentro de ello, a la conclusión del proceso en su plazo razonable, cuando los órganos competentes de la justicia penal del Estado omiten desplegar, injustificadamente, la actividad procesal dentro de los términos que el ordenamiento jurídico establece; por tanto, en sentido del orden constitucional, no habrá lesión a este derecho, si la dilación del proceso, en términos

objetivos y verificables, es atribuible al imputado o procesado" (SC 0101/2004-R de 14 de septiembre, citada por la SC 0553/2011-R de 29 de abril). Empero, se debe tomar en cuenta que a la víctima le asiste también el derecho de acceso a la justicia entendido como el derecho al pronunciamiento judicial sobre el fondo de la pretensión demandada, derecho que ha sido entendido como: "...la potestad, capacidad y facultad que tiene toda persona para acudir ante la autoridad jurisdiccional competente para demandar que se preserve o restablezca una situación jurídica perturbada o violada que lesiona o desconoce sus derechos e intereses, a objeto de lograr, previo proceso, una decisión judicial que modifique dicha situación jurídica. Conocido también en la legislación comparada como "derecho a la jurisdicción" (art. 24 de la Constitución Española), es un derecho de prestación que se lo ejerce conforme a los procedimientos jurisdiccionales previstos por el legislador, en los que se establecen los requisitos, condiciones y consecuencias del acceso a la justicia; por lo mismo, tiene como contenido esencial el libre acceso al proceso, el derecho de defensa, el derecho al pronunciamiento judicial sobre el fondo de la pretensión planteada en la demanda, el derecho a la ejecución de las sentencias y resoluciones ejecutoriadas, el derecho de acceso a los recursos previstos por ley. Finalmente, este derecho está íntimamente relacionado con el derecho al debido proceso y la igualdad procesal." (SC 1813/2010-R de 25 de octubre).

En ese orden, conforme se encuentra consagrado en el art. 115 de la CPE: "I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones"; directamente relacionado con el principio de economía procesal, deben ser entendidos como derechos exigibles tanto por la víctima como por el imputado, por cuanto a ambos les interesa la conclusión del proceso, más aún tomando en cuenta que la víctima en la configuración constitucional goza de una especial protección, así el art. 121.II de la norma fundamental, señaló: "La víctima en un proceso penal podrá intervenir de acuerdo con la Ley, y tendrá derecho a ser oída antes de cada decisión judicial...", relacionado con el art. 11 del CPP, que instituye: "La víctima podrá intervenir en el proceso penal conforme a lo establecido en este Código, tendrá derecho a ser escuchada, antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal y, en su caso, a impugnarla", razón por la cual su intervención es un derecho indiscutible que le asiste.

Esta previsión legal, se sustenta entre otros, en los valores de igualdad y equilibrio, previstos en el art. 8.II y a su vez en el art. 14.I de la CPE, que dispone: "Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna"; con referencia a la igualdad procesal, el art. 119.I. de la CPE, establece que: "Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso, las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina".

La extinción de la acción penal, como forma de conclusión extraordinaria del proceso, que libera al imputado de la persecución penal, constituye una especie de sanción al Estado, por su ineficiencia, pero en los hechos lo es también para la víctima, que se ve privada de su derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que, tampoco puede cargársele de tal ineficiencia, razones por las cuales, es menester que al momento de resolver se tenga presente los intereses y derechos de ambas partes, en estricta observancia de la igualdad de oportunidades de las que constitucionalmente gozan.

III.2. En cuanto a la atribución para conocer la extinción de la acción penal. La SC 1716/2010-R de 25 de octubre, estableció que el Tribunal de casación, conforma la previsión contenida en el art. 50 del CPP, no tiene competencia para conocer solicitudes de extinción de la acción penal, dado que dicho precepto la limita a resolver situaciones específicas, como el recurso de casación, el de revisión de sentencia condenatoria ejecutoriada y las solicitudes de extradición.

El debido proceso se sustenta también, entre otros, en el derecho a la impugnación; es decir que, la parte que se considere agraviada con una resolución, tenga la opción de acudir a otro tribunal superior en grado, a objeto que la revoque o, al menos la modifique por una menos gravosa para el apelante, situación que no se da, si la petición de extinción de la acción es conocida y resuelta por

ese alto tribunal, por cuanto las partes no tendrían la posibilidad de impugnarla, convirtiéndose tal decisión en inapelable, razonamiento que encuentra coherencia con los derechos a la igualdad de las partes del proceso, a la doble instancia y de acceso a la justicia.

Ello confirma, como se tiene anotado y virtud a la previsión del citado Art. 50 del CPP, que el tribunal de casación no tiene competencia para conocer y resolver esa petición, en estricta aplicación del principio procesal que la competencia jurisdiccional nace de la ley, por lo que esa labor incumbe a los jueces y tribunales de instancia, no a los de revisión.

Corresponde en este punto, destacar el momento en el cual es posible interponer la extinción de la acción penal, que es una excepción prevista en el art. 308 inc. 4) del CPP, haciendo referencia a los arts. 27 y 28 de ese cuerpo normativo.

Su tramitación se sujeta al art. 314: “Las excepciones y las peticiones o planteamientos de las partes que, por su naturaleza o importancia, deban ser debatidas o requieran la producción de prueba, se tramitarán por la vía incidental, sin interrumpir la investigación y serán propuestas por escrito fundamentado en la etapa preparatoria y oralmente en el juicio, ofreciendo prueba y acompañando la documentación correspondiente”; es decir, la extinción de la acción penal, en sujeción al artículo precedente -al margen de la etapa preparatoria- en juicio sólo puede ser planteada, hasta antes de dictarse sentencia.

Conforme al artículo de referencia, en el juicio oral y público la extinción de la acción penal debe ser formulada conforme al procedimiento fijado por el art. 314 del CPP, siendo el momento procesal para hacerlo durante el juicio y hasta antes de dictarse sentencia, con el objeto que el juez o tribunal de instancia, -como ya se precisó en la SC 1716/2010-R- resuelva dicha excepción, no sólo por ser el órgano que tiene competencia por ley para hacerlo, sino que dicha labor la realiza en virtud a todos los antecedentes y elementos de convicción que tiene a su disposición, facultándole determinar con precisión cuáles los hechos y actos dilatorios, atribuyéndoles la responsabilidad emergente de cada quien, para asumir la decisión que corresponda, factible de su posterior revisión en apelación incidental.

Resuelta la extinción, si las partes procesales, ya sea acusador -Ministerio Público o querellante- el imputado o la víctima, consideran que dicha resolución es lesiva de sus derechos, en aplicación del principio de impugnación garantizado por el art. 180.II de la CPE para todos los procesos judiciales, tienen la vía de la apelación para hacer valer sus pretensiones. Al respecto, es conveniente remarcar que la impugnación en juicio, contra la extinción de la acción penal, como cualquier otra excepción o incidente, se la planteará con reserva de apelación restringida, conforme previene la segunda parte del Art. 407 del CPP, “... o ha efectuado reserva de recurrir...”.

El citado razonamiento desarrollado por la jurisprudencia de este Tribunal, afirma: “...como todos los derechos, el de recurrir está sujeto a las normas generales que lo rigen, entre ellos la oportunidad o el plazo, el contenido o expresión de agravios y la forma en que deban formularse. En cuanto a la apelación incidental se la debe presentar y tramitar en sujeción a las previsiones de los arts. 404 a 406 del CPP, deduciéndose la imposibilidad de plantearla directamente dentro del juicio oral, cuyo objeto la averiguación de los hechos, no permite su sustanciación durante la celebración del mismo, correspondiendo en su caso hacer reserva de apelación restringida, conforme tiene anotada la jurisprudencia constitucional” (SC 2255/2010-R de 19 de noviembre) (lo resaltado nos pertenece).

Desarrollando el citado criterio y asumiendo la posición expresada en anteriores fallos constitucionales, la citada Sentencia aludiendo a la SC 0421/2007-R de 22 de mayo, precisa: “...Conforme se ha anotado precedentemente, el juicio oral debe desarrollarse sin interrupción, lo que implica que los medios de impugnación deben ser racionalizados atendiendo a las características de continuidad, intermediación y oralidad del juicio; características que se desnaturalizarían si las resoluciones dentro del juicio oral fueran impugnadas en forma sistemática, provocando serias disfunciones procesales.

Si se realizaría una lectura parcial de las normas contenidas en los arts. 403.2 y 396 del CPP, aceptando la posibilidad de que las resoluciones que rechacen excepciones en el juicio sean apeladas incidentalmente en efecto suspensivo, el juicio tendría que suspenderse, en muchos

casos por meses, desconociendo la previsión contenida en el art. 335 del CPP que establece en forma categórica los casos en los que el juicio puede suspenderse, entre los que no figura la apelación de las excepciones planteadas durante esta etapa, atentando contra el propio sistema acusatorio oral.

(...)

Consecuentemente, al momento de resolver en la audiencia de juicio las excepciones o incidentes, será suficiente que las mismas, sean resueltas en forma oral, debido a que, conforme lo determina el art. 371 del CPP en el acta del juicio oral quedan registradas, entre otros aspectos, las solicitudes y decisiones producidas en el curso del juicio, las objeciones de las partes y sus protestas de recurrir; lo que abre la posibilidad de que estos aspectos sean impugnados a través del recurso de apelación restringida, como lo establece expresamente el art. 407 del CPP.

(...)

De lo anotado se concluye que en el juicio oral no es posible interponer el recurso de apelación incidental para impugnar las resoluciones que rechacen excepciones, sino que las partes podrán reservarse el derecho de recurrir una vez pronunciada la sentencia cuando exista agravio. (lo resaltado nos corresponde).

Razonamiento reiterado en la SC 0414/2011-R de 14 de abril, que al respecto puntualiza: “De lo referido, se concluye que el derecho a recurrir, consagrado tanto en los instrumentos internacionales como en la Constitución Política del Estado, debe ser garantizado plenamente dentro de todo proceso, sea judicial o administrativo, en ese orden, las excepciones y los incidentes planteados dentro de los procesos penales, cuyo procedimiento se encuentra establecido en el art. 314 y ss. del CPP, (...) admite el recurso de apelación ya sea incidental o restringida, dependiendo del momento procesal de su presentación, en la etapa preparatoria será mediante apelación incidental ante el juez cautelar y en juicio oral, ante el juez o tribunal de sentencia a través del recurso de apelación restringida.”

Como se tiene dicho, la resolución que resuelve la excepción de extinción planteada en juicio oral, sólo es impugnable mediante reserva de apelación restringida, que habilita cuestionarla ante el superior en grado sobre las supuestas irregularidades en la que hubiera incurrido el juez o tribunal de primera instancia respecto a la excepción planteada.

De lo anotado precedentemente, es preciso modular la SC 1716/2010-R de 25 de octubre, en cuanto a la oportunidad de plantear la excepción de la extinción de la acción penal, en estricta observancia de la previsión legal, en los siguientes términos: Corresponde en forma exclusiva a los jueces y tribunales de primera instancia conocer la excepción de extinción de la acción penal, que podrá formularse únicamente en la etapa preparatoria así como en el transcurso del juicio oral hasta antes de dictarse sentencia. Ante el rechazo de la excepción planteada en el juicio oral, el agraviado podrá reservarse el derecho de impugnarla como agravio de apelación restringida.

III.3. De la fundamentación de las resoluciones

Conforme lo demandado por el accionante respecto a la falta de fundamentación de la resolución emitida por los Vocales demandados, cabe considerar que la jurisprudencia ha establecido en cuanto al debido proceso y la motivación y fundamentación de las resoluciones, que: “La garantía del debido proceso, comprende entre uno de sus elementos la exigencia de la motivación de las resoluciones, lo que significa, que toda autoridad que conozca de un reclamo, solicitud o que dicte una resolución resolviendo una situación jurídica, debe ineludiblemente exponer los motivos que sustentan su decisión, para lo cual, también es necesario que exponga los hechos establecidos, si la problemática lo exige, de manera que el justiciable al momento de conocer la decisión del juzgador lea y comprenda la misma, pues la estructura de una resolución tanto en el fondo como en la forma, dejará pleno convencimiento a las partes de que se ha actuado no sólo de acuerdo a las normas sustantivas y procesales aplicables al caso, sino que también la decisión está regida por los principios y valores supremos rectores que rigen al juzgador, eliminándose cualquier interés y parcialidad, dando al administrado el pleno convencimiento de que no había otra forma de resolver los hechos juzgados sino de la forma en que se decidió. Al contrario, cuando aquella motivación no existe y se emite únicamente la conclusión a la que se ha arribado, son razonables

las dudas del justiciable en sentido de que los hechos no fueron juzgados conforme a los principios y valores supremos, vale decir, no se le convence que ha actuado con apego a la justicia, por lo mismo se le abren los canales que la Ley Fundamental le otorga para que en búsqueda de la justicia, acuda a este Tribunal como contralor de la misma, a fin de que dentro del proceso se observen sus derechos y garantías fundamentales, y así pueda obtener una resolución que ordene la restitución de dichos derechos y garantías fundamentales” (Así lo ha reiterado la SC 0758/2010-R de 2 de agosto).

Sin embargo de ello, en un sentido de equidad, este Tribunal Constitucional a través de la SC 0632/2010-R de 19 de julio, entre otras, aclaró que: “...la motivación no implicará la exposición ampulosa de consideraciones y citas legales, sino que exige una estructura de forma y de fondo. En cuanto a esta segunda, la motivación puede ser concisa, pero clara y satisfacer todos los puntos demandados, debiendo expresar el Juez sus convicciones determinativas que justifiquen razonablemente su decisión en cuyo caso las normas del debido proceso se tendrán por fielmente cumplidas. En sentido contrario, cuando la resolución aún siendo extensa no traduce las razones o motivos por los cuales se toma una decisión, dichas normas se tendrán por vulneradas”.

Bajo esa lógica cuando exista una fundamentación en las resoluciones que puede no ser ampulosa pero que guarda una estructura de fondo y de forma, y que resuelve los puntos demandado, no se tendrá por vulnerado el derecho a una resolución debidamente fundamentada como componente del debido proceso.

III.4. De la valoración integral que debe existir a momento de sopesar la extinción de la acción penal

Como ha sido entendido por la jurisprudencia constitucional, los juzgadores a momento de determinar la extinción de la acción penal deben efectuar una valoración concurrente de todos los factores que incidieron en el transcurso del proceso, misma que no esta sujeta única y exclusivamente al factor tiempo, tal cual ya se ha indicado en el Fundamento Jurídico III.1., plazo que no puede operar de facto; es decir, no es sólo el transcurso del tiempo en exclusivo, como un criterio rector para extinguir la acción penal por duración máxima del proceso. Cabe destacar que también atinge la ponderación de otros factores como la conducta de las partes que intervienen en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, sin perder de vista, como expresó este Tribunal: “...que la situación de los jueces y tribunales bolivianos, así como del Ministerio Público no se encuentra sujeta únicamente a su propia voluntad sino a aspectos ajenos al propio órgano, como la falta de nombramiento oportuno de dichas autoridades, las frecuentes e intempestivas renunciaciones de funcionarios de esas reparticiones, así como otras circunstancias que inciden negativamente en el propósito encomiable de una pronta y oportuna administración de justicia. En consecuencia, corresponderá efectuar un estudio integral de los elementos que incidieron en la mora procesal, sin atentar contra la eficacia de la coerción penal favoreciendo a la impunidad.” (SC 0551/2010-R de 12 de julio).

La misma Sentencia resume que la extinción de la acción penal solo puede ser admitida cuando concurren dos elementos: ”1) El transcurso del tiempo; y, 2) Ponderación integral de varios elementos que le hacen a cada caso en particular, como son la conducta de las partes que intervinieron en el proceso penal y de las autoridades que conocieron el mismo, además de las condiciones de operatividad de los órganos a cargo de la investigación y tramitación del mismo, conforme a la realidad que atraviesa nuestro país”.

III.5. Análisis de la problemática planteada

A objeto de resolver el presente caso, de los antecedentes con que cuenta el expediente, se advierte que el motivo por el cual el accionante interpuso la presente acción de defensa, radica en que los Vocales demandados con el argumento que no fijó domicilio y que incumplió las medidas sustitutivas impuestas, revocaron el Auto de 15 de enero de 2009, que declaraba probada la excepción de extinción de la acción emitida a su favor, razón por la cual consideró que sus derechos al debido proceso en su vertiente a la debida fundamentación, estarían siendo vulnerados.

Del entendimiento fijado en el Fundamento Jurídico III.2. se establece que corresponde de forma exclusiva a los jueces y tribunales de primera instancia conocer el incidente de extinción de la acción penal, en la etapa preparatoria, así como en el transcurso del juicio oral. El caso de autos, se encuentra dentro de este parámetro, dado que interpuso la excepción de extinción en juicio oral siendo luego la misma apelada por el acusador, empero, el accionante demanda que el Auto de Vista de 21 de abril de 2009, emitido por los Vocales de la Sala Penal Segunda de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz carece de fundamentación y motivación, dado que, cuando revocaron el Auto del Juez de primera instancia que otorgó a su favor la extinción de la acción penal, lo hicieron sin ningún fundamento legal.

Efectuada la revisión del Auto de Vista señalado, se tiene que se basaron en que el Tribunal inferior al disponer la extinción de la acción penal por vencimiento del plazo máximo de duración del proceso, obró incorrectamente, dado que si bien el plazo transcurrido fue de más de cuatro años, la dilación del proceso es atribuible a los procesados, puesto que se les conminó por proveído de 3 de enero de 2005, a constituir domicilio en la ciudad de Montero, quienes a su turno, a momento de solicitar cesación a la detención preventiva, ignoraron la misma, constituyendo esta omisión en una forma directa de obstaculización y dilación indebida del proceso, al impedir la realización de oportunas notificaciones, en tal virtud, la demora en la tramitación del proceso es de exclusiva responsabilidad de los procesados, razón por la cual admitieron el recurso de apelación planteado por el Ministerio Público, revocando el Auto de 15 de enero de 2009.

La jurisprudencia constitucional, reconoce que el derecho a la fundamentación de las resoluciones, forma parte del debido proceso; no obstante, como bien indicó la SC 0632/2010-R, la motivación no implica que deba efectuarse una ampulosa argumentación considerativa, más bien supone la existencia de una estructura de forma y de fondo, que puede ser concreta, clara y que satisfaga todos los puntos demandados, debiendo expresar las razones que justifican su decisión, características presentes en el Auto cuestionado de vulnerador de derechos, habida cuenta que después de efectuadas algunas argumentaciones que pese a no ser ampulosas, le llevaron a arribar a una conclusión y resolver esa problemática, evidenciándose que no existe vulneración del accionante al debido proceso en su elemento al derecho a la fundamentación de las resoluciones.

Complementando, es preciso destacar que el transcurso del tiempo no es suficiente para viabilizar la extinción de la acción penal por duración máxima del proceso, si no que debe verificarse que: "...el proceso se hubiese desarrollado en condiciones normales y que la actuación negligente de las autoridades competentes sea atribuible únicamente a éstas, y no así al aparato judicial, por no dotar de condiciones mínimas para la prosecución de los procesos como es la excesiva carga procesal y las constantes acefalías que se presentan en el órgano judicial, aspectos que impiden a las autoridades jurisdiccionales concluir con la tramitación de las causas dentro de los plazos establecidos." (SC 0551/2010-R de 12 de julio).

Si fuese el transcurso del tiempo el único parámetro que viabilice la extinción de la acción penal, se atentaría contra el derecho de la tutela judicial efectiva, es decir, de acceso a la justicia de la víctima -referido en el primer fundamento jurídico- y el principio de igualdad de oportunidades de ambas partes, razones por la cuales en franca observancia al equilibrio que en justicia debe existir entre los derechos del imputado y la víctima, se impuso vía jurisprudencia, realizar un análisis integral de los elementos que provocaron la retardación de justicia, aspectos que deben ser analizados dentro de cada caso en particular conforme a las actuaciones dadas en el mismo, no pudiendo este Órgano de justicia constitucional ingresar a realizar dicha labor por cuanto la valoración de la prueba y el control de legalidad le corresponden únicamente al juez de la causa.

Del contenido de los fundamentos jurídicos precedentes, se constata que las autoridades judiciales demandadas, adecuaron sus actuaciones al procedimiento en algunos acápites y con distintos fundamentos; pero en resguardo de los derechos fundamentales, evaluando los antecedentes del caso y la actuación del Juez de primera instancia, revocando la Resolución apelada.

Por los fundamentos glosados, la situación planteada en la presente acción de defensa, no es susceptible de tutela; por lo que el Tribunal de garantías al haberla concedido, no obró correctamente.

POR TANTO

El Tribunal Constitucional, en virtud de la jurisdicción y competencia que le confiere el art. 3 de la Ley 040 de 1 de septiembre de 2010, que modifica el art. 4.I de la Ley 003 de 13 de febrero de ese año, en revisión, resuelve: REVOCAR la Resolución 52/2009 de 18 de noviembre de 2009, cursante de fs. 67 a 68, dictada por la Sala Civil Primera de la Corte Superior del Distrito Judicial de Santa Cruz; y en consecuencia, DENEGAR la tutela solicitada.

Regístrese, notifíquese y publíquese en la Gaceta Constitucional.

No intervienen el Decano, Dr. Abigael Burgoa Ordóñez, ni el Magistrado Dr. Marco Antonio Baldivieso Jinés, porque no conocieron el asunto.

Dr. Ernesto Félix Mur

PRESIDENTE

Dra. Eve Carmen Mamani Roldán

MAGISTRADA

Dra. Lily Marciana Tarquino López

MAGISTRADA

Lei da “Ficha Limpa” e art. 16 da CF (Transcrições)¹

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 633703/MG²

Origem: MG - MINAS GERAIS

Relator: MIN. GILMAR MENDES

RECTE.(S) LEONÍDIO HENRIQUE CORREA BOUÇAS

ADV.(A/S) ARNALDO SILVA JÚNIOR

ADV.(A/S) RODRIGO RIBEIRO PEREIRA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S)MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

PROC.(A/S)(ES) PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1.1. A questão constitucional e sua repercussão geral

O presente recurso extraordinário traz novamente a esta Corte as questões constitucionais atinentes à aplicabilidade da Lei Complementar 135/2010, a denominada “Lei da Ficha Limpa”, à luz dos princípios constitucionais da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), da irretroatividade da lei e da presunção de não culpabilidade.

O tema já foi versado em outras duas ocasiões, de todos conhecidas, especificamente nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 630.147/DF (caso Joaquim Roriz) e 631.102/PA (caso Jader Barbalho). O primeiro, como é sabido, ficou prejudicado em razão da perda superveniente de objeto, devidamente declarada pelo Plenário na Sessão do dia 29.9.2010. No segundo, o Tribunal, após verificar o empate na votação, decidiu aplicar, por analogia, o inciso II do parágrafo único do artigo 205 do Regimento Interno, e manter a decisão recorrida, vencidos os Senhores Ministro Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que determinavam a aplicação do voto de qualidade do Presidente, previsto no inciso IX, do artigo 13 do RI-STF (Sessão Plenária do dia 27.10.2010).

¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm>>. Acesso em: 02 nov. 2011.

² Acórdão pendente de publicação.

Nos dois casos, a cognição do Tribunal cingiu-se à alínea “k” do inciso I do art. 1º da LC 64/90 – com a redação dada pela LC 135/2010 –, apesar de o pronunciamento sobre aspectos relacionados ao princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição) dizer respeito à aplicabilidade da lei como um todo. Preferiu-se dividir a discussão das questões relacionadas à LC 135/2010, levando-se em conta os temas versados em cada alínea do inciso I do art. 1º da LC 64/90. É o que ficou consignado na decisão proferida no RE 630.147/DF (caso Joaquim Roriz):

O Tribunal, por unanimidade, manteve o reconhecimento da repercussão geral da questão constitucional concernente ao art. 1º, inciso I, alínea “k”, da LC nº 64/90, com a redação dada pela LC nº 135/2010, e declarou extinto o processo, sem julgamento do mérito, contra os votos dos Senhores Ministros Ayres Britto (Relator), Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 29.09.2010.

Assim, o Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional relacionada à alínea “k” do inciso I do art. 1º da LC 64/90, a qual dispõe sobre a inelegibilidade daqueles agentes políticos que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo de cassação do mandato.

O presente recurso diz respeito à alínea “l” do inciso I do art. 1º dessa mesma lei, que trata da inelegibilidade decorrente da condenação à suspensão dos direitos políticos em ação de improbidade administrativa.

Parece certo que, uma vez reconhecida a repercussão geral em relação à alínea “k”, esse reconhecimento também haverá de ocorrer no tocante à alínea “l”, tendo-se em vista que, apesar de suscitarem temas com nuances diferenciadas, ambas fazem parte da mesma lei, que tem contestada a sua aplicabilidade total.

Nesse aspecto, não se pode fechar os olhos para o simples fato de que, uma vez decidida a questão constitucional relativa à aplicação da totalidade da LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), tal decisão terá uma óbvia incidência sobre todas as alíneas do inciso I do art. 1º da LC 64/90, independentemente da diversidade de temas versados em cada uma delas.

Não se pode olvidar, igualmente, que a solução da controvérsia relativa à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010 não repercute sobre as questões constitucionais quanto à constitucionalidade material de diversos de seus dispositivos, que terão plena aplicabilidade já para as próximas eleições municipais de 2012.

Assim, a proposta é a de que, por meio do presente recurso extraordinário, reconheça-se a repercussão geral da questão constitucional que diz respeito à aplicabilidade da LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição). A decisão definitiva de mérito quanto ao tema terá efeitos (próprios do regime da repercussão geral) imediatos sobre todas as questões idênticas versadas nos recursos nos quais se discuta a aplicação da totalidade da LC 135/2010 às eleições de 2010.

1.2. Demais pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário

Os demais pressupostos de admissibilidade do recurso foram devidamente preenchidos, tornando viável o pleno conhecimento do mérito recursal.

Tenha-se em conta o Enunciado 728 da Súmula deste Tribunal, que determina ser de três dias o prazo para a interposição de recurso extraordinário contra decisão do Tribunal Superior Eleitoral, contado, quando for o caso, a partir da publicação do acórdão, na própria sessão de julgamento, nos termos do art. 12 da Lei 6.055/1974, que não foi revogado pela Lei 8950/1994. Assim, tendo em vista que o acórdão recorrido tornou-se público em Sessão do TSE de 16.11.2010, conforme certidão fl.368, é tempestivo o recurso extraordinário, uma vez que houve a juntada de cópia, via fax, em 17.11.2010, e dos originais, em 19.11.2010.

A peça recursal encontra-se subscrita por procurador regularmente habilitado nos autos (fl.120).

Pela análise do conteúdo das decisões jurisdicionais das instâncias inferiores verifica-se o prequestionamento da matéria constitucional.

Com essas breves considerações preliminares, passo à análise da questão constitucional levantada.

2. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO) NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O Supremo Tribunal Federal possui uma sólida jurisprudência a respeito da interpretação do art. 16 da Constituição de 1988 (ADI n.º 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.6.1995; ADI n.º 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 18.12.1998;

ADI n.º 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 22.6.2001; ADI n.º 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 25.8.2005; ADI n.º 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 23.2.2007; ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.8.2006; ADI-MC 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 5.3.2010).

Muito se tem argumentado que em nenhum desses precedentes o Tribunal tratou especificamente da lei que cria novas causas de inelegibilidade. De fato, a única vez em que a Corte se debruçou sobre esse tema específico ocorreu no conhecido julgamento do RE 129.392, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (julg. em 17.6.1992), no qual se decidiu que o princípio da anterioridade eleitoral não veda a vigência imediata da LC 64/90 (Lei de Inelegibilidades), na medida em que esta define o regime constitucional de inelegibilidade exigido pelo art. 14, § 9º, da Constituição. Assim, com base nesse precedente específico, o Tribunal Superior Eleitoral, no julgamento das Consultas 114.709 e 112.026, entendeu que a LC 135/2010, diploma modificador da LC 64/90, também não estaria abrangida pela vedação do art. 16 da Constituição.

O exame minucioso do precedente firmado no RE 129.392 pode revelar que essa conclusão não é tão evidente como tem sido apresentada.

Em verdade, ela é equivocada.

A regra que se extrai do referido precedente não é a de que lei que trate de inelegibilidade tem aplicabilidade imediata e não se submete ao art. 16 da Constituição, como normalmente se tem entendido.

Naquele julgamento, o debate girou em torno da questão de saber se a LC 64/90 instaurava um novo e complementar sistema normativo de inelegibilidades exigido pela então recém-promulgada Constituição de 1988 (art. 14, § 9º) ou se, por outro lado, ela alterava o regime anterior de inelegibilidades definido pela LC 5/70 e recepcionado pela nova Constituição. Na primeira hipótese, estar-se-ia diante de uma legislação apenas complementar e integrativa do novo regime de inelegibilidades da Constituição de 1988 e que, dessa forma, não receberia a incidência do art. 16 da mesma Constituição; do contrário, ocorrida a segunda hipótese, ter-se-ia um caso de verdadeira alteração do processo eleitoral, a ser submetida à vedação de aplicabilidade imediata imposta pelo art. 16 da Constituição.

O Ministro Sepúlveda Pertence, Relator, após assim delimitar a questão, entendeu que a LC 5/70 foi recepcionada pela Constituição de 1988, complementando, desde o momento da promulgação do texto constitucional, o sistema de inelegibilidades instituído pela nova ordem constitucional, de forma que o advento posterior da LC

64/90, que revogou a anterior LC 5/70, teve o condão de alterar o processo eleitoral e assim deveria vigorar apenas após um ano de sua publicação. Acompanharam o Relator, com base nos mesmos fundamentos, os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello e Aldir Passarinho.

Por outro lado, os votos vencedores, capitaneados pelo Ministro Paulo Brossard e pelos Ministros à época pertencentes ao Tribunal Superior Eleitoral (Célio Borja, Octavio Gallotti e Sydney Sanches) e acompanhados pelos Ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, entenderam que o tema da inelegibilidade por improbidade administrativa é eminentemente constitucional, de forma que o art. 16 da Constituição não poderia ser aplicado para negar aplicabilidade imediata a outros preceitos da própria Constituição (art. 14, § 9º, e art. 37, § 4º). Assim, no entendimento da maioria, a LC 64/90 viria cumprir um mandamento constitucional e – tal como deixou consignado o Ministro Octavio Gallotti – “preencher um vazio” para permitir a moralização e a lisura do processo eleitoral então em curso. Se essa nova lei complementar não pudesse ser imediatamente aplicada, deixaria uma lacuna relativa a regras de inelegibilidade de caráter moralizador, o que não seria permitido pela própria Constituição.

Como é possível perceber, a regra que pode ser extraída desse precedente firmado no RE 129.392 é a de que o art. 16 da Constituição não pode obstar a aplicabilidade imediata de uma lei de inelegibilidade que, logo após o advento da nova ordem constitucional, vem instituir todo um sistema de inelegibilidades para cumprir preceitos constitucionais e preencher um vazio legislativo, sem cujo suprimento as eleições não poderiam se desenvolver de forma regular.

Portanto, a tentativa de aplicar-se o referido precedente ao contexto atual levaria à conclusão diametralmente oposta, isto é, a de que o fato de a LC 135/2010 apenas alterar preceitos existentes de um consolidado sistema de inelegibilidade instituído pela Constituição de 1988 e complementado pela LC 64/90 – vigente há vinte anos e aplicado em todas as eleições desde então – tornaria obrigatório que a sua aplicabilidade fosse condicionada ao princípio da anterioridade previsto pelo art. 16 da Constituição.

De toda forma, o certo é que o julgamento do RE 129.392 foi realizado em um contexto muito específico, sob a égide de uma Constituição recém-promulgada, que rompia com a ordem constitucional anterior e que necessitava da legislação complementar para implementar o novo sistema de inelegibilidade a ser aplicado nas primeiras eleições democráticas após longo período ditatorial. Os votos vencedores,

numa maioria apertada de 6 votos a 5, com desempate pelo então Presidente da Corte (Ministro Neri da Silveira), foram conduzidos por Ministros que compunham o Tribunal Superior Eleitoral e fizeram prevalecer razões pragmáticas que tinham em vista o regular transcurso do pleito eleitoral.

Existem boas razões, portanto, para não se utilizar esse precedente como base de análise da questão sobre a necessidade de submissão da LC 135/2010 ao preceito do art. 16 da Constituição. A resposta a essa questão deve ser encontrada por meio de uma análise que, guiada por um critério de coerência, investigue a jurisprudência como um todo e dela extraia as regras que poderão servir de parâmetro para o caso.

A seguir serão analisados os principais precedentes sobre a interpretação do art. 16 da Constituição. A jurisprudência sobre o princípio da anterioridade eleitoral pode ser dividida em duas fases: a) a primeira é marcada pelos julgamentos das ADIs 733, 718 e 354; b) a segunda pelos julgamentos das ADIs 3.345, 3.685, 3.741 e da ADI-MC 4.307.

Na ADI 733, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (julg. em 17.6.1992), o Tribunal firmou entendimento no sentido de que a lei estadual que cria municípios em ano eleitoral não altera o processo eleitoral e, portanto, não se submete ao princípio da anterioridade previsto no art. 16 da Constituição. Na ADI 718, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, (julg. em 5.11.1998), a Corte novamente enfatizou que o art. 16 da Constituição não repercute na criação de municípios por leis estaduais em ano eleitoral. Nas duas ações, considerou-se que o processo eleitoral é parte do sistema de normas do Direito Eleitoral, matéria da competência legislativa privativa da União, de modo que a lei estadual não tem efeitos sobre esse sistema normativo federal. O tema, porém, não voltou mais a figurar na jurisprudência do Tribunal, mesmo porque, a partir da EC 15/96, as leis estaduais criadoras de novos municípios passaram a ser declaradas inconstitucionais. Os precedentes contidos nas ADIs 718 e 733 apenas contribuem para esclarecer uma regra muito simples: a de que a lei de que trata o art. 16 da Constituição é a lei emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União prevista no art. 22, I, do texto constitucional. Esses julgados, dessa forma, serão pouco relevantes nas análises seguintes.

Na ADI 354, Rel. Min. Octavio Gallotti (julg. em 24.9.1990), o Tribunal consignou o entendimento segundo o qual a vigência e a eficácia imediatas de norma eleitoral que altera o sistema de votação e apuração de resultados, seja no sistema proporcional, seja no sistema majoritário, não infringem o disposto no art. 16 da

Constituição. Foi a primeira vez que a Corte analisou com maior profundidade o significado do princípio da anterioridade eleitoral na Constituição de 1988.

Os votos vencedores (Ministros Octavio Gallotti – Relator, Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira) basearam-se em fundamentos diversos, os quais podem ser agrupados em três vertentes:

- 1) A norma eleitoral que trata de um determinado modo de apuração de votos e, dessa forma, diz respeito apenas à interpretação da vontade do eleitor, pode ter eficácia imediata sem desrespeitar o princípio da anterioridade eleitoral (Octavio Gallotti e Célio Borja);
- 2) A expressão “processo eleitoral” contida no art. 16 da Constituição abrange apenas as normas eleitorais de caráter instrumental ou processual e não aquelas que dizem respeito ao direito eleitoral material ou substantivo (Paulo Brossard, Moreira Alves, Néri da Silveira);
- 3) O art. 16 visa impedir apenas alterações casuísticas e condenáveis do ponto de vista ético, e sua interpretação deve levar em conta as peculiaridades nacionais, o “Brasil real e não o Brasil teórico” (Sydney Sanches).

Os votos vencidos (Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho), vistos em seu conjunto, entenderam que a interpretação do art. 16 deve levar em conta dois aspectos fundamentais: o significado da expressão “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional. Assim, tais votos procederam a uma interpretação mais ampla da expressão “processo eleitoral” e fixaram as seguintes balizas para a interpretação teleológica do art. 16:

- 1) O processo eleitoral consiste num complexo de atos que visa a receber e a transmitir a vontade do povo e que pode ser subdividido em três fases: a fase pré-eleitoral, que vai desde a escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; a fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação; a fase pós-eleitoral, que se inicia com a apuração e a contagem de votos e finaliza com a diplomação dos candidatos;

- 2) A teleologia da norma constitucional do art. 16 é a de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma casuística e que interfiram na igualdade de participação dos partidos políticos e seus candidatos.

Após os referidos julgamentos, ocorridos no início da década de 1990, o Tribunal somente voltou a se pronunciar sobre o art. 16 da Constituição no ano de 2005, ao apreciar a ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello. Com a composição da Corte modificada substancialmente, iniciou-se uma segunda fase na jurisprudência sobre o art. 16, na qual passaram a prevalecer os parâmetros de interpretação dessa norma constitucional anteriormente definidos pelos votos vencidos na ADI 354.

Na ADI 3.345, o Tribunal entendeu que a Resolução do TSE 21.702/2004 – a qual normatizou as razões determinantes do julgamento do RE 197.917 pelo STF, que definiram critérios de proporcionalidade para fixação do número de vereadores nos municípios – não ofendeu o art. 16 da Constituição. Os fundamentos da decisão foram delineados no voto do Relator, Ministro Celso de Mello, que, retomando as considerações antes proferidas no julgamento da ADI 354, fixaram a necessidade de interpretação do art. 16, levando-se em conta o significado da expressão “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional. Está consignado na ementa do acórdão:

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE ELEITORAL: SIGNIFICADO DA LOCUÇÃO “PROCESSO ELEITORAL” (CF, ART. 16).

- A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípua destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais. Precedentes.

- O processo eleitoral, que constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe, em função dos objetivos que lhe são inerentes, a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: (a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral respectiva; (b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e (c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes. Magistério da doutrina (JOSÉ AFONSO DA SILVA e ANTONIO TITO COSTA).

- A Resolução TSE n.º 21.702/2004, que meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal, não ofendeu a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, seja porque não rompeu a essencial igualdade de participação, no processo eleitoral, das agremiações partidárias e respectivos candidatos, seja porque não transgrediu a igual competitividade que deve prevalecer entre esses protagonistas da disputa eleitoral, seja porque não produziu qualquer deformação descaracterizadora da normalidade das eleições municipais, seja porque não introduziu qualquer fator de perturbação nesse pleito eleitoral, seja, ainda, porque não foi editada nem motivada por qualquer propósito casuístico ou discriminatório.

Assim, as razões antes vencidas na ADI 354 passaram a figurar como fundamentos determinantes da atual jurisprudência do STF sobre o art. 16. Todos os julgamentos posteriores nos quais esteve envolvida a interpretação do art. 16 reportaram-se à teleologia da norma constitucional e ao significado da expressão “processo eleitoral” nela contida. Nesse último aspecto, perdeu relevância a distinção antes efetuada pelos Ministros Paulo Brossard e Moreira Alves entre direito eleitoral processual e direito eleitoral material.

Importante observar que, até o julgamento da ADI 3.345 – no qual se iniciou essa segunda fase na jurisprudência –, a construção de consistentes parâmetros de interpretação do princípio da anterioridade eleitoral ainda não havia resultado na declaração de inconstitucionalidade de normas com fundamento na aplicação do art. 16. Isso apenas veio ocorrer no julgamento da ADI 3685.

O julgamento da ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie (julg. em 22.3.2006) representa um marco na evolução jurisprudencial sobre o art. 16 da Constituição. Foi a primeira vez que o STF aplicou a norma constitucional para impedir a vigência imediata de uma norma eleitoral. O objeto da ação foi a EC 52/2006, que deu plena autonomia aos partidos para formarem coligações partidárias nos planos federal, estadual e municipal, revogando a legislação infraconstitucional que estabelecia a denominada “verticalização” das coligações. Os fundamentos do julgado se basearam nas razões já fixadas na jurisprudência do STF sobre o art. 16 e avançaram em novas considerações sobre o significado do princípio da anterioridade na ordem constitucional de 1988.

Em primeiro lugar, entendeu-se que o conteúdo semântico do vocábulo “lei” contido no art. 16 é amplo o suficiente para abarcar a lei ordinária e a lei complementar, assim como a emenda constitucional ou qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato. Assim, se na ADI 3.345 o Tribunal já havia aferido a constitucionalidade de uma Resolução do TSE em relação ao art. 16, agora o fazia tendo como objeto uma emenda constitucional. O entendimento vem complementar a

interpretação da palavra “lei” já efetuada pelo Tribunal no julgamento das ADIs 718 e 733, em que se definiu que tal lei seria aquela emanada da União no exercício de sua competência privativa de legislar sobre direito eleitoral (art. 22, I, da Constituição).

Em segundo lugar, passou-se a identificar no art. 16 uma garantia fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos. Fez-se uma analogia com a garantia da anterioridade tributária fixada no art. 150, III, b, da Constituição. Dessa forma, se o princípio da anterioridade tributária constitui uma garantia do cidadão-contribuinte, tal como afirmado pelo STF no julgamento da ADI 939 (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 17.12.1993), o princípio da anterioridade eleitoral é uma garantia do cidadão, não apenas do eleitor, mas também do candidato e dos partidos políticos. Nesse sentido, consolidou-se nesse julgamento a noção de que o art. 16 é garantia de um “devido processo legal eleitoral”, expressão originada da interpretação das razões do voto do Ministro Sepúlveda Pertence nos julgamentos das ADIs 354 e 2628.

Ambos os entendimentos levaram à conclusão de que o art. 16 constitui cláusula pétrea e, dessa forma, é oponível inclusive em relação ao exercício do poder constituinte derivado.

Na ADI 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (julg. em 6.8.2006), o Tribunal entendeu que a Lei 11.300/2006, que operou a denominada “minirreforma eleitoral” para o pleito de 2006, não violou o disposto no art. 16 da Constituição. Adotaram-se, naquele julgamento, os seguintes parâmetros de interpretação do princípio da anterioridade (condensados na ementa do acórdão):

- 1) Inexistência de rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral;
- 2) Legislação que não introduz deformação de modo a afetar a normalidade das eleições;
- 3) Dispositivos que não constituem fator de perturbação do pleito;
- 4) Inexistência de alteração motivada por propósito casuístico.

Por fim, encerrando a análise da jurisprudência do STF sobre o art. 16, cite-se o recente julgamento da medida cautelar na ADI 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia (julg. em 11.11.2009). Na ocasião, o Tribunal, fundado nas razões que ficaram consignadas

no julgamento da ADI 3.685, suspendeu a aplicação da EC 58/2009, na parte em que determinava a retroação, para atingir pleito eleitoral já realizado em 2008, dos efeitos das novas regras constitucionais sobre limites máximos de vereadores nas Câmaras Municipais.

A análise efetuada já permite extrair da jurisprudência do STF as regras-parâmetro para a interpretação do art. 16 da Constituição, que são as seguintes:

- 1) O vocábulo “lei” contido no texto do art. 16 da Constituição deve ser interpretado de forma ampla, para abranger a lei ordinária, a lei complementar, a emenda constitucional e qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato, emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, prevista no art. 22, I, do texto constitucional;
- 2) A interpretação do art. 16 da Constituição deve levar em conta o significado da expressão “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional.
 - 2.1) O processo eleitoral consiste num complexo de atos que visa a receber e a transmitir a vontade do povo e que pode ser subdividido em três fases: a) a fase pré-eleitoral, que vai desde a escolha e apresentação das candidaturas até a realização da propaganda eleitoral; b) a fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação; c) a fase pós-eleitoral, que se inicia com a apuração e a contagem de votos e finaliza com a diplomação dos candidatos;
 - 2.2) A teleologia da norma constitucional do art. 16 é a de impedir a deformação do processo eleitoral mediante alterações nele inseridas de forma casuística e que interfiram na igualdade de participação dos partidos políticos e de seus candidatos.
- 3) O princípio da anterioridade eleitoral, positivado no art. 16 da Constituição, constitui uma garantia fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos, que – qualificada como cláusula pétrea –

compõe o plexo de garantias do devido processo legal eleitoral e, dessa forma, é oponível ao exercício do poder constituinte derivado.

Fixados esses parâmetros, é possível analisar a LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral.

3. A LC 135/2010 EM FACE DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL

A LC 135/2010 foi editada para regulamentar o art. 14, § 9º, da Constituição e, dessa forma, fixou novas causas de inelegibilidade que levam em conta fatos da vida pregressa do candidato.

Tendo em vista os parâmetros fixados na jurisprudência do STF, trata-se de uma lei complementar que claramente está abrangida pelo significado do vocábulo “lei” contido no art. 16 da Constituição, ou seja, é uma lei complementar que possui coeficiente de autonomia, generalidade e abstração e foi editada pelo Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral.

Na medida em que legislou sobre causas de inelegibilidade, a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência do STF como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. Não há dúvida, portanto, de que a alteração de regras de elegibilidade repercute de alguma forma no processo eleitoral.

Essas constatações, um tanto apodíticas, visam apenas a superar a aplicação de alguns parâmetros extraídos da jurisprudência do STF (parâmetros 1 e 2.1 acima delimitados), mas não prescindem de um exame mais profundo sobre a efetiva repercussão da LC 135/2010 no processo eleitoral, tendo em vista a teleologia do princípio da anterioridade eleitoral.

Em verdade, a questão não está tanto em saber se a LC 135/2010 interfere no processo eleitoral – o que resulta óbvio por meio das análises anteriores, baseadas em dois parâmetros jurisprudenciais –, mas se ela de alguma forma restringe direitos e garantias fundamentais do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos e, desse modo, atinge a igualdade de chances (*Chancengleichheit*) na competição

eleitoral, com consequências diretas sobre a participação eleitoral das minorias. Se a resposta a essa questão for positiva, então deverá ser cumprido o mandamento constitucional extraído do princípio da anterioridade (art. 16) na qualidade de garantia fundamental componente do plexo de garantias do devido processo legal eleitoral (parâmetros 2.2 e 3).

Essa perspectiva de análise, que leva em conta a restrição de direitos e garantias fundamentais, é mais objetiva do que aquela que segue uma identificação subjetiva do casuísmo da alteração eleitoral. A experiência – inclusive da jurisprudência do STF – demonstra que a identificação do casuísmo acaba por levar à distinção subjetiva entre casuísmos bons ou não condenáveis (alterações ditas louváveis que visam à moralidade do pleito eleitoral) e casuísmos ruins ou condenáveis, com o intuito de submeter apenas estes últimos à vedação de vigência imediata imposta pelo art. 16 da Constituição (vide julgamento da ADI 354, especificamente o voto do Ministro Sydney Sanches).

Se o princípio da anterioridade eleitoral é identificado pela mais recente jurisprudência do STF como uma garantia fundamental do devido processo legal eleitoral, sua interpretação deve deixar de lado considerações pragmáticas que, no curso do pleito eleitoral, acabam por levar a apreciações subjetivas sobre a moralidade deste ou daquele candidato ou partido político.

3.1. O princípio da anterioridade eleitoral como garantia do devido processo legal eleitoral

A alteração de regras sobre inelegibilidade certamente interfere no processo político de escolha de candidatos, processo este que envolve os próprios candidatos, os partidos políticos e terceiros (por exemplo, os parentes que sofrerão com a possível causa de inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da Constituição).

Todos sabem que a escolha de candidatos para as eleições não é feita da noite para o dia; antes constitui o resultado de um longo e complexo processo em que se mesclam diversas forças políticas.

Uma vez que a situação jurídica dos candidatos encontra-se caracterizada na forma das normas vigentes do processo eleitoral, eventual alteração significativa nas “regras do jogo” frustrar-lhes-ia ou prejudicar-lhes-ia as expectativas, estratégias e os planos razoavelmente objetivos de suas campanhas.

Na medida em que os partidos políticos detêm o monopólio da apresentação de candidaturas, eles são também diretamente afetados pelas modificações nas regras sobre elegibilidade.

Apenas para que se tenha a dimensão da repercussão que a modificação do quadro normativo sobre elegibilidade de candidatos pode acarretar, é pertinente exemplificar como o desrespeito do prazo mínimo para a alteração da legislação de regência eleitoral afetaria o processo de escolha de candidatos, especialmente nas seguintes hipóteses:

- 1) Se a alteração ocorrer em período inferior a um ano da data da eleição, compromete a própria possibilidade de escolha dos candidatos quanto à filiação partidária, uma vez que a modificação legislativa se dá em momento posterior aos prazos máximos fixados em lei (Lei n.º 9.504/1997, art. 9º, caput) para que todos os candidatos a cargos eletivos: (a) requeiram a respectiva inscrição eleitoral ou a transferência de seu domicílio para a circunscrição na qual pretendem concorrer; e (b) estejam com a filiação definitiva deferida pelo respectivo partido político;
- 2) Se a alteração ocorrer em período inferior a seis meses da data da eleição, afeta a situação jurídica dos candidatos em momento posterior aos prazos máximos fixados em lei para desincompatibilização dos titulares de cargos públicos eletivos executivos, bem como eventualmente de seu cônjuge ou dos respectivos parentes (consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção), que vierem a concorrer, no território de jurisdição do titular, para a mesma referida eleição subsequente (CF, art. 14, §§ 6º, 7º e 9º, c/c Lei Complementar n.º 64/1990, art. 1º, incisos II, III e IV, e §§ 1º a 3º);
- 3) Se a alteração ocorrer após 30 de junho do ano eleitoral, interfere na situação jurídica dos candidatos já escolhidos ou preteridos, uma vez que já expirado o prazo máximo fixado em lei para realização das convenções partidárias destinadas à escolha dos candidatos, assim como na deliberação sobre as coligações a serem eventualmente realizadas (Lei n.º 9.504/1997, art. 8º, caput); e

Nesse sentido, com todas as vênias, não pode ser coerente o argumento, adotado no Tribunal Superior Eleitoral, segundo o qual a LC 135/2010 é aplicável a esta eleição porque publicada antes das convenções partidárias, data na qual se iniciaria o processo eleitoral.

Esse sequer é o conceito de processo eleitoral presente na jurisprudência do STF, como já analisado. Se levarmos a sério a jurisprudência, teremos de concluir que a LC 135/2010 interferiu numa fase específica do processo eleitoral, qualificada na jurisprudência como a fase pré-eleitoral, que se inicia com a escolha e a apresentação das candidaturas pelos partidos políticos e vai até o registro das candidaturas na Justiça Eleitoral. E, frise-se, essa fase não pode ser delimitada temporalmente entre os dias 10 e 30 de junho, no qual ocorrem as convenções partidárias, pois o processo político de escolha de candidaturas é muito mais complexo e tem início com a própria filiação partidária do candidato, em outubro do ano anterior.

A EC n.º 52, que tratou da chamada “verticalização” das coligações, foi publicada em 8 de março de 2006, isto é, muito antes das convenções partidárias. E o STF, no julgamento da ADI 3.685, considerou que ela interferia no processo eleitoral e, portanto, deveria respeitar o princípio da anterioridade eleitoral. Isso porque o processo eleitoral, no entendimento do Tribunal, abarca o processo de definição das coligações e de articulação política de estratégias eleitorais, que não ocorre somente nas convenções partidárias. Na ocasião, o Ministro Carlos Britto se manifestou de forma muito enfática sobre o tema:

(...) E o fato é que a opção constitucional pela estabilidade anual do processo eleitoral é bem mais serviente desse conjunto de valores em que os grêmios partidários gravitam. É algo bem mais previsível – e portanto mais seguro e autêntico – para quem pretenda se filiar ou prosseguir partidariamente filiado. O mesmo acontecendo, claro, com todos aqueles que pretendam se candidatar ou se recandidatar a cargo eletivo.

Como se vê, a fase pré-eleitoral de que trata a jurisprudência desta Corte não coincide com as datas de realização das convenções partidárias. Ela começa muito antes, com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no Tribunal Superior Eleitoral. A competição eleitoral se inicia exatamente um ano antes da data das eleições e, nesse interregno, o art. 16 da Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso.

A LC n.º 135/2010 foi publicada no dia 4 de junho de 2010, portanto poucos dias antes realização das convenções partidárias (10 a 30 de junho, art. 8º da Lei 9.504/97). Seria insensato considerar que – no período entre o dia 4 de junho e o dia 5 de julho (data da formalização dos pedidos de registro de candidatura) – se pudesse recomençar e redefinir o processo político de escolha de candidaturas de acordo com as novas regras.

O entendimento segundo o qual a verificação das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade deve observar as regras vigentes no dia 5 de julho não significa, de forma alguma, que tais regras sejam aquelas que foram publicadas a poucas semanas dessa data de referência. O complexo processo político de escolha de candidaturas não se realiza em apenas algumas semanas, ainda mais se tiver que se adequar, de forma apressada, a novas regras que alteram causas de inelegibilidade. Entendimento contrário levaria à situação-limite de aplicação imediata, no dia 5 de julho, de uma lei de inelegibilidade publicada no dia 4 de julho.

Em síntese, ao se efetuar um diagnóstico minimamente preocupado com as repercussões da admissibilidade, a qualquer tempo, de mudanças no processo eleitoral, constata-se que surgem complicações não apenas para a situação jurídica dos candidatos, mas também para a própria autonomia e liberdade dos partidos políticos, os quais ficariam totalmente à mercê da aleatoriedade de eventuais mudanças legislativas.

A questão, dessa forma, gira em torno da restrição de direitos fundamentais de caráter político. Nesse contexto, cumpre fundamental papel o princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional do devido processo legal eleitoral.

Neste ponto, cabe ressaltar que são completamente infundados os argumentos no sentido de que certas normas do capítulo dos direitos políticos na Constituição não constituiriam direitos fundamentais de caráter individual.

Modernamente, a compreensão unitária dos direitos fundamentais decorre do pluralismo da democracia material contemporânea. A incindibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos determinam a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais (positivos ou prestacionais) e dos direitos de liberdade (negativos), afirmando-se a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais, a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais. A diferença entre direitos negativos e direitos positivos é meramente de grau, uma vez que em ambos há expectativas negativas e positivas.

Nesse contexto, os direitos políticos fundamentais apresentam uma estrutura jurídica complexa, pois exteriorizam características negativas (primeira geração) e, ao mesmo tempo, positivas (segunda e terceira gerações). São preponderantemente direitos fundamentais individuais, pois garantem esferas de não interferência do Estado no âmbito das autonomias decisórias individuais, mas são exercitáveis mediante a ação garantidora do Estado, o qual deve organizar procedimentos que têm por objetivo instrumentalizar a concreção do exercício dos direitos, como é o caso, por exemplo, das eleições periódicas. De Vergotini, ao reconhecer a importância do conteúdo do direito para a sua classificação, propõe que se considere a existência, no âmbito da liberdade negativa (direitos individuais), de dois fenômenos distintos, mas complementares, quais sejam, liberdade do Estado e liberdade no Estado. O primeiro, liberdade do Estado, consubstancia-se nos direitos exercitáveis contra o poder político, os quais têm por escopo impedir interferências indevidas nas esferas privadas dos cidadãos. O segundo, liberdade no Estado, refere-se à participação ativa da pessoa na atividade política, traduzindo os primados de uma sociedade democrática e participativa.

O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las.

O art. 16 da Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos.

Esse entendimento está consignado na jurisprudência desta Corte, especificamente no julgamento da ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie (jul. em 22.3.2006), o qual representa um marco na evolução jurisprudencial sobre o art. 16 da Constituição. Nesse julgamento, passou-se a identificar no art. 16 uma garantia fundamental do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e dos partidos políticos. Fez-se uma analogia com a garantia da anterioridade tributária fixada no art. 150, III, b, da Constituição, no sentido de que, se o princípio da anterioridade tributária constitui uma garantia do cidadão-contribuinte, tal como afirmado pelo STF no julgamento da ADI 939 (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 17.12.1993), o princípio da anterioridade eleitoral é uma garantia do cidadão, não apenas do eleitor, mas também do candidato e dos

partidos políticos. Nesse sentido, consolidou-se a noção de que o art. 16 é garantia de um “devido processo legal eleitoral”, expressão originada da interpretação das razões do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 354.

3.2. O princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional da igualdade de chances (*Chancengleichheit*)

Em recente obra publicada pelo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales da Espanha, Óscar Sánchez Muñoz bem esclarece que toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Estas são as palavras do autor:

En principio, la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales parece jugar siempre en contra de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo. En este sentido, cualquier limitación del derecho a ser elegible, al significar una limitación potencial del acceso a la competición electoral, constituiría al mismo tiempo una limitación de la igualdad de oportunidades, y es cierto que no puede concebirse una limitación mayor de la igualdad de oportunidades en la competición electoral que impedir el acceso a dicha competición de alguna de las alternativas políticas que lo pretenden.” (SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2007, p. 92).

De fato, não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral.

O princípio da igualdade entre os partidos políticos é fundamental para a adequada atuação dessas instituições no complexo processo democrático. Impõe-se, por isso, uma neutralidade do Estado em face das instituições partidárias, exigência essa que se revela tão importante quanto difícil de ser implementada. A importância do princípio da igualdade está em que, sem a sua observância, não haverá possibilidade de estabelecer-se uma concorrência livre e equilibrada entre os partícipes da vida política, o que acabará por comprometer a essência do próprio processo democrático. A dificuldade está nos aspectos jurídicos e fáticos. Quanto aos aspectos jurídicos, ela reside na diferenciação acentuada do objeto envolvido como consequência das próprias

diferenças de uma sociedade livre e aberta. Daí afirmar Dieter Grimm que a neutralidade estatal deve ser entendida como não influência da desigualdade, o que lhe confere caráter de igualdade formal. Quanto aos aspectos fáticos, afigura-se inegável que o Estado, que há de conduzir-se com neutralidade em relação aos partidos, é também um Estado partidariamente ocupado.

O princípio da *Chancengleichheit* parece ter encontrado sua formulação inicial na República de Weimar, com as obras de Herman Heller (*Probleme der Demokratie*, I und II, 1931, e *Europa und der Faschismus*, 1929) e de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*, 1931, e *Legalität und Legitimität*, 1932).

Na concepção de Heller, “o Estado de Direito Democrático atual encontra seu fundamento, principalmente, na liberdade e igualdade da propaganda política, devendo assegurar-se a todas as agremiações e partidos igual possibilidade jurídica de lutar pela prevalência de suas idéias e interesses”. O notável publicista acrescentava que a fórmula técnica para preservar a unidade da formação democrática assenta-se na livre submissão da minoria à vontade majoritária, isto é, na renúncia das frações minoritárias a uma superação da maioria, mediante o uso da violência. Isso pressupõe a renúncia à opressão da minoria e exige a preservação das perspectivas de ela vir a se tornar maioria.

Por seu turno, advertia Carl Schmitt que um procedimento neutro e indiferente da democracia parlamentar poderia dar ensejo à fixação de uma maioria por via da matemática ou da estatística, causando, dessa forma, o próprio esfacelamento do sistema de legalidade. Tal situação somente haveria de ser evitada com a adoção de um princípio consagrador de igualdade de chances para alcançar a maioria, aberto a todas as tendências e movimentos. E, enfaticamente, asseverava Carl Schmitt:

Sin este principio, las matemáticas de las mayorías, con su indiferencia frente al contenido del resultado, no solo serían un juego grotesco y un insolente escarnio de toda justicia, sino que, a causa del concepto de legalidad derivado de dichas matemáticas, estas acabarían también con el sistema mismo, desde el instante en que se ganara la primera mayoría, pues esta primera mayoría se instituiría enseguida legalmente como poder permanente. La igualdad de chance abierta a todos no puede separarse mentalmente del Estado legislativo parlamentario. Dicha igualdad permanece como el principio de justicia y como una condición vital para la autoconservación.

Com impecável lógica, consignava o eminente publicista que a legalidade do poder estatal conduz à negação e à derrogação do direito de resistência enquanto Direito, uma vez que ao poder legal, conceitualmente, não é dado cometer injustiças,

podendo, para isso, converter em “ilegalidade” toda resistência e revolta contra a injustiça e antijuridicidade. E o eminente mestre acrescentava que:

Si la mayoría puede fijar a su arbitrio la legalidad y la ilegalidad, también puede declarar ilegales a sus adversarios políticos internos, es decir, puede declararlos hors-la-loi, excluyéndolos así de la homogeneidad democrática del pueblo. Quien domine el 51 por 100 podría ilegalizar, de modo legal, al 49 por 100 restante. Podría cerrar tras sí, de modo legal, la puerta de la legalidad por la que ha entrado y tratar como a un delincuente común al partido político contrario, que tal vez golpeaba con sus botas la puerta que se le tenía cerrada.

Dessarte, a adoção do princípio de igualdade de chances constitui condição indispensável ao exercício legal do poder, uma vez que a minoria somente há de renunciar ao direito de resistência se ficar assegurada a possibilidade de vir a se tornar maioria. Vale registrar, ainda nesse particular, o seu magistério:

El Estado legislativo parlamentario de hoy, basado en la dominación de las mayorías del momento, solo puede entregar el monopolio del ejercicio legal del poder al partido momentáneamente mayoritario, y solo puede exigir a la minoría que renuncie al derecho de resistencia mientras permanezca efectivamente abierta a todos la igualdad de chance para la obtención de la mayoría y mientras presente visos de verdad este presupuesto de su principio de justicia.

Na vigência da Lei Fundamental de Bonn (1949), a discussão sobre a “igualdade de chances” entre os partidos foi introduzida por Forsthoff, que assentou os seus fundamentos nas disposições que consagram a liberdade de criação das agremiações políticas (art. 21, I, 2) e asseguram a igualdade de condições na disputa eleitoral (art. 38 e 28).

Também Gerhard Leibholz considerou inerente ao modelo constitucional o princípio de “igualdade de chances”, derivando-o, porém, diretamente, do preceito que consagra a ordem liberal-democrática (*freiheitlich demokratischen Grundordnung*).

Mais tarde, após os primeiros pronunciamentos do Tribunal Federal Constitucional, passou Leibholz a considerar que o postulado da igualdade de chances encontrava assento no princípio da liberdade e da pluralidade partidárias (arts. 21, I, e 38, I) e no princípio geral de igualdade (art. 3.º, 1).

Tais elementos serviram de base para o desenvolvimento da construção jurisprudencial iniciada pelo *Bundesverfassungsgericht* em 1952. Observe-se que, nos primeiros tempos, a jurisprudência da Corte Constitucional parecia identificar o princípio de igualdade de chances com o direito de igualdade eleitoral — *Wahlrechtsgleichheit* — (Lei Fundamental, art. 38, 1). As controvérsias sobre o

financiamento dos partidos e a distribuição de horários para transmissões radiofônicas e televisivas ensejaram o estabelecimento da distinção entre o princípio da igualdade de chances, propriamente dito, e o direito de igualdade eleitoral. Os preceitos constitucionais atinentes à liberdade partidária (art. 21, I) e ao postulado geral da isonomia (art. 3.º, I) passaram a ser invocados como fundamento do direito de igualdade de chances dos partidos políticos.

Converteu-se, assim, a “igualdade de chances” em princípio constitucional autônomo, um autêntico direito fundamental dos partidos, assegurando-se às agremiações tratamento igualitário por parte do Poder Público e dos seus delegados.

Inicialmente, perfilhou o Tribunal Constitucional orientação que preconizava aplicação estritamente formal do princípio de “igualdade de chances”. Todavia, ao apreciar controvérsia sobre a distribuição de horário para transmissão radiofônica, introduziu o 2.º Senado da Corte Constitucional o conceito de “igualdade de chances gradual” — *abgestufte Chancengleichheit*, de acordo com a “significação do Partido”.

Considerou-se, entre outros aspectos, que o tratamento absolutamente igualitário levaria a uma completa distorção da concorrência, configurando a equiparação legal das diferentes possibilidades (*faktische Chancen*) manifesta afronta ao princípio da neutralidade, que deveria ser observado pelo Poder Público em relação a todos os partidos políticos.

A Lei dos Partidos de 1967 veio consagrar, no § 5º, o princípio da igualdade de chances tal como concebido pela jurisprudência da Corte Constitucional, estabelecendo a seguinte disposição: “(1) Se um delegado do Poder Público coloca suas instalações ou serviços à disposição dos partidos, há de se dar igual tratamento às demais agremiações partidárias. A amplitude da garantia pode ser atribuída, gradualmente, de acordo com a ‘significação do partido’, assegurando-se, porém, um mínimo razoável à consecução dos objetivos partidários. A significação do partido é aferida, em especial, pelos resultados obtidos nas últimas eleições para a Câmara de Representantes. Ao partido com representação no Parlamento há de se assegurar uma participação não inferior à metade daquela reconhecida a qualquer outro partido”.

Como se constata, o § 5º da Lei dos Partidos consagrou a gradação da “igualdade de chances” (*abgestufte Chancengleichheit*), estabelecendo inequívoca “cláusula de diferenciação” (*Differenzierungsklausel*). É evidente que uma interpretação literal do dispositivo poderia converter o postulado da “igualdade de chances” numa

garantia do status quo, consolidando-se a posição dos partidos estabelecidos (*etablierte Parteien*).

Tal possibilidade já havia sido enunciada por Carl Schmitt, ao reconhecer que os partidos no governo desfrutam de inevitável vantagem, configurando-se uma autêntica e supralegal “mais-valia política” decorrente do exercício do poder. Após asseverar que a detenção do poder outorga ao partido dominante a forma de poder político que supera de muito o simples valor das normas, observa Carl Schmitt:

El partido dominante dispone de toda la preponderancia que lleva consigo, en un Estado donde impera esta clase de legalidad, la mera posesión de los medios legales del poder. La mayoría deja repentinamente de ser un partido; es el Estado mismo. Por mas estrictas y delimitadas que sean las normas a las que se sujeta el Estado legislativo en la ejecución de la ley, resalta ‘siempre lo ilimitado que está detrás’, como dijo una vez Otto Mayer. En consecuencia, por encima de toda normatividad, la mera posesión del poder estatal produce una plusvalía política adicional, que viene a añadirse al poder puramente legal y normativista, una prima superlegal a la posesión legal del poder legal y al logro de la mayoría.

Não se pode negar, pois, que os partidos estabelecidos gozam de evidente primazia em relação aos newcomers, decorrente, sobretudo, de sua posição consolidada na ordem política. Por outro lado, a realização de eleições com o propósito de formar um Parlamento capaz de tomar decisões respaldado por uma nítida maioria enseja, não raras vezes, modificações legítimas nas condições de igualdade. Disso pode resultar, à evidência, um congelamento (*Erstarrung*) do sistema partidário.

Todavia, há de se observar que o direito de “igualdade de chances” não se compadece com a ampliação ou a consolidação dos partidos estabelecidos. Eventual supremacia há de ser obtida e renovada em processo eleitoral justo (*fairer Wettbewerb*) e abrangente da totalidade da composição partidária.

Como já ressaltado, a gradação da igualdade de chances, tal como desenvolvida pelo Tribunal Constitucional e assente na Lei dos Partidos (§ 5), há de levar em conta a “significação do partido”. Esta deve corresponder à sua participação na formação da vontade política (... *Anteil den sie an der politischen Willensbildung des Volkes hat*). E o critério fundamental para aferição do grau de influência na vontade política é fornecido, basicamente, pelo desempenho eleitoral.

Não há dúvida de que a gradação da “igualdade de chances” deve realizar-se *cum grano salis*, de modo a assegurar razoável e adequada eficácia a todo e qualquer esforço partidário. Até porque o abandono da orientação que consagra a igualdade formal entre os partidos não pode ensejar, em hipótese alguma, a nulificação do

tratamento igualitário que lhes deve ser assegurado pelo Poder Público. Eventual gradação do direito de igualdade de chances há de se efetivar com a observância de critério capaz de preservar a própria seriedade do sistema democrático e pluripartidário.

Tal constatação mostra-se particularmente problemática no que concerne à distribuição dos horários para as transmissões radiofônicas e televisivas. Uma radical gradação do direito de igualdade de chances acabaria por converter-se em autêntica garantia do status quo. Daí ter-se consolidado na jurisprudência constitucional alemã orientação que assegura a todos os partícipes do prélio eleitoral, pelo menos, uma “adequada e eficaz propaganda” (*angemessene und wirksame Wahlpropaganda*). Considera-se, assim, que um *Sendezeitminimum* (“tempo mínimo de transmissão”) deve ser assegurado a todos os concorrentes, independentemente de sua “significação”.

Ainda assim, verificam-se na doutrina sérias reservas à gradação do direito de igualdade de chances, no tocante às “transmissões eleitorais”. É que tal oportunidade assume relevância extraordinária para os pequenos partidos e as novas agremiações, que, diversamente dos *etablierten Parteien*, não dispõem de meios adequados para difundir a sua plataforma eleitoral. Também Tsatsos e Morlok sustentam, nesse particular, que a igualdade formal de todos os que participam do processo eleitoral deve ser decididamente afirmada. Entendem que, “em uma democracia, não constitui tarefa de um Poder onisciente e interventivo tomar providências que indiquem aos eleitores a imagem ‘correta’ dos partidos. Ao revés, com a escolha prévia dos partidos, arroga-se o Estado um direito que apenas é de se reconhecer à cidadania na sua manifestação eleitoral”.

Digna de relevo é a problemática relativa ao financiamento dos partidos. Em 1958, declarou o *Bundesverfassungsgericht* a inconstitucionalidade de lei que facultava a subvenção aos partidos mediante desconto de imposto, ao fundamento de que tal prática não era compatível com o princípio de “igualdade de chances”. Posteriormente, declarou-se a inconstitucionalidade de disposição contida na lei de orçamento, que assegurava aos partidos representados no Parlamento significativa soma de recursos, entendendo que o funcionamento permanente das organizações partidárias mediante recursos públicos não era compatível com a liberdade e abertura do processo de formação da vontade popular.

Calcado na orientação consagrada pelo Tribunal, que considerava legítima apenas a alocação de recursos públicos para fazer frente aos elevados custos da campanha, estabeleceu o legislador disposição que concedia aos partidos políticos que

obtivessem o mínimo de 2,5% dos votos válidos apurados em cada região eleitoral uma subvenção a título de “reembolso de despesas eleitorais” (*Erstattung vom Wahlkampfkosten*), (Lei dos Partidos, § 18).

A Corte Constitucional declarou, todavia, a nulidade do preceito, pelos fundamentos seguintes: “No que concerne ao ‘reembolso das despesas eleitorais’, não de ser contempladas todas as agremiações que participaram do prélio eleitoral, não sendo possível estabelecer uma votação mínima (*Mindesstimmenanteil*) com a justificativa de que as eleições devam criar um parlamento com poder de decisão. Ao revés, tal exigência somente pode ser estabelecida como pressuposto indispensável de aferição da seriedade das propostas e programas apresentados pelos partidos, isto é, a sua avaliação pelos eleitores traduzida pelo resultado das eleições. No tocante ao ‘reembolso das despesas eleitorais’, há de se reconhecer o perigo de alguns grupos fragmentários tomarem parte do pleito tão-somente em virtude da subvenção pública. A votação mínima que legitima a concessão do “reembolso das despesas eleitorais” somente há de ser fixada tendo em vista as relações concretas fornecidas pelas eleições parlamentares. O número de eleitores correspondia, naquelas eleições, a cerca de 38 milhões; o número de votantes, a 33,4 milhões. Nessas condições, se considerada a média de participação nas eleições, um partido deveria obter cerca de 835.000 votos para atingir o percentual de 2,5% legalmente exigido. Tal exigência, como prova de seriedade dos esforços eleitorais, não parece razoável. Uma votação mínima de 0,5% dos votos apurados significaria que um partido deveria somar cerca de 167.000 votos. Um partido que logrou tantos sufrágios não pode ter contestada a seriedade de seu esforço eleitoral” (BVerfGE 24, 300). Em face da referida decisão, não restou ao legislador outra alternativa senão a de fixar em 0,5% o aludido percentual mínimo (Lei dos Partidos, § 18, 2).

Tais considerações estão a demonstrar que, não obstante eventuais percalços de ordem jurídica ou fática, a “igualdade de chances”, concebida como princípio constitucional autônomo, constitui expressão jurídica da neutralidade do Estado em relação aos diversos concorrentes. O seu fundamento não se assenta única e exclusivamente no postulado geral da “igualdade de chances” (Lei Fundamental, art. 3.º, I). Ao revés, a igualdade de chances é considerada como derivação direta dos preceitos constitucionais que consagram o regime democrático (art. 20, I) e pluripartidário (art. 21, I).

Não tenho dúvida de que a “igualdade de chances” é princípio integrante da ordem constitucional brasileira.

Considere-se, de imediato, que o postulado geral de igualdade tem ampla aplicação entre nós, não se afigurando possível limitar o seu alcance, em princípio, às pessoas naturais, ou restringir a sua utilização a determinadas situações ou atividades. Nesse sentido, já observara Seabra Fagundes que “tão vital se afigura o princípio ao perfeito estruturamento do Estado democrático, e tal é a sua importância como uma das liberdades públicas, para usar a clássica terminologia de inspiração francesa, que, não obstante expreso como garantia conferida a ‘brasileiros e estrangeiros residentes no País’, o que denota, à primeira vista, ter tido em mira apenas as pessoas físicas, se tornou pacífico alcançar, também, as pessoas jurídicas”.

Em virtude, a chamada “força irradiante do princípio da igualdade” parece espalhar-se por todo o ordenamento jurídico, contemplando, de forma ampla, todos os direitos e situações. Daí ter asseverado Francisco Campos:

A cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar, na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressivamente, embora de maneira tácita, que o princípio de igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados. É como se o art. 141 da Constituição estivesse assim redigido: ‘A Constituição assegura com ‘igualdade os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)’.

Explicitando esse pensamento, acrescenta o insigne jurista que o princípio de igualdade tem por escopo a proteção da livre concorrência entre os homens em todos os âmbitos de atividade. Registre-se o seu magistério:

O alcance do princípio de igualdade perante a lei há de ser, portanto, interpretado na maior latitude dos seus termos, ou como envolvendo não só a hipótese de que, embora não havendo existido, venha, entretanto, a se criar no País o regime de classes, como toda e qualquer situação, a que, embora casualmente ou episodicamente, sem caráter sistemático, ou de modo puramente singular, se deixe de aplicar o critério ou a medida geral prevista para casos ou situações da mesma espécie, e se lhes aplique critério ou medida de exceção. O princípio não tem, portanto, como foco de incidência, um ponto preciso e definido. Ele se difunde por todo o tecido das relações humanas que possam constituir objeto de regulamentação jurídica ou sejam suscetíveis de configurar-se em conteúdo de um ato ou de um comando da autoridade pública. Não é princípio adstrito a um aspecto ou a uma forma de organização social; é um postulado de ordem geral, destinado a reger o comércio jurídico em todas as modalidades, de modo a assegurar, particularmente sob as constituições liberais e democráticas, o regime da concorrência, que é a categoria sob a qual elas concebem não somente a

ordem social, como a ordem política, a ordem econômica e a ordem jurídica. O princípio de igualdade tem por principal função proteger e garantir a livre concorrência entre os homens, seja quando a sua atividade tem por objeto o poder, seja quando o pólo de seu interesse são os bens materiais ou imateriais, cujo gozo exclusivo lhes é assegurado pelo direito de propriedade.

De resto, a concorrência é imanente ao regime liberal e democrático, tendo como pressuposto essencial e inafastável a neutralidade do Estado.

É o que se constata na seguinte passagem do preclaro magistério de Francisco Campos:

O regime liberal e democrático postula a concorrência não apenas como categoria histórica, mas como a categoria ideal da convivência humana. Ora, a concorrência pressupõe, como condição essencial, necessária ou imprescindível, que o Estado não favoreça a qualquer dos concorrentes, devendo, ao contrário, assegurar a todos um tratamento absolutamente igual, a nenhum deles podendo atribuir prioridade ou privilégio, que possa colocá-lo em situação especialmente vantajosa em relação aos demais. Esta, no mundo moderno, a significação do princípio da igualdade perante a lei. Por ele, todos ficarão certos de que na concorrência, tomada esta expressão no seu sentido mais amplo, o Estado mantém-se neutro ou não procurará intervir senão para manter entre os concorrentes as liberdades ou as vantagens a que cada um deles já tinha direito ou que venha a adquirir, mediante os processos normais da concorrência. O princípio de igualdade tem hoje, como se vê, um campo mais vasto de aplicação do que nos tempos que se seguiram imediatamente às suas primeiras declarações.

Afigura-se, pois, dispensável ressaltar a importância do princípio da isonomia no âmbito das relações estatais.

Como a ninguém é dado recusar a integração a uma determinada ordem estatal, faz-se mister reconhecer o direito de participação igualitária como correlato necessário da inevitável submissão a esse poder de império. E o direito de participação igualitária na vida da comunidade estatal e na formação da vontade do Estado não se restringe à igualdade eleitoral, ao acesso aos cargos públicos, ao direito de informação e de manifestação de opinião, abrangendo a própria participação nos partidos políticos e associações como forma de exercer influência na formação da vontade política.

Vê-se, pois, que o princípio de igualdade entre os partidos políticos constitui elementar exigência do modelo democrático e pluripartidário.

No entanto, não se pode ignorar que, tal como apontado, a aplicação do princípio de “igualdade de chances” encontra dificuldades de ordem jurídica e fática. Do prisma jurídico, não há dúvida de que o postulado da igualdade de chances incide sobre uma variedade significativa de objetos. E, do ponto de vista fático, impende

constatar que o Estado, que deve conduzir-se de forma neutra, é, ao mesmo tempo, partidariamente ocupado.

Aludidas dificuldades não devem ensejar, à evidência, o estabelecimento de quaisquer discriminações entre os partidos estabelecidos e os newcomers, porquanto eventual distinção haveria de resultar, inevitavelmente, no próprio falseamento do processo de livre concorrência.

Não se afirme, outrossim, que ao legislador seria dado estabelecer distinções entre os concorrentes com base em critérios objetivos. Desde que tais distinções impliquem alteração das condições mínimas de concorrência, evidente se afigura sua incompatibilidade com a ordem constitucional calcada no postulado de isonomia.

Mais uma vez é de se invocar a lição de Francisco Campos:

Se o princípio deve reger apenas a aplicação da lei, é claro que ao legislador ficaria devassada a imensidade de um arbítrio sem fronteiras, podendo alterar, à sua discrição, por via de medidas concretas ou individuais, as condições da concorrência, de maneira a favorecer, na corrida, a um dos concorrentes, em detrimento dos demais. O que garante, efetivamente, a concorrência não é tão-só o princípio da legalidade, entendido como a exigência que os atos da justiça e da administração possam ser referidos ou imputados à lei. Desde que ficasse assegurada ao legislador a faculdade de alterar a posição de neutralidade do Estado em face dos concorrentes, tomando o partido de uns contra outros, a ordem da concorrência não poderia ter a posição central e dominante que lhe cabe, incontestavelmente, no ciclo histórico que se abriu com a revolução industrial do Século passado e que ainda não se pode dar como encerrado no mundo ocidental. O caráter de norma obrigatória para o legislador, para ele especialmente, resulta da natureza e da extensão do princípio de igualdade perante a lei. Seria, de outra maneira, um princípio supérfluo ou destituído de qualquer significação.

Não parece subsistir dúvida, portanto, de que o princípio da isonomia tem aplicação à atividade político-partidária, fixando os limites e contornos do poder de regular a concorrência entre os partidos.

Ademais, como já observado, faz-se mister notar que o princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos parece encontrar fundamento, igualmente, nos preceitos constitucionais que instituem o regime democrático, representativo e pluripartidário (CF, artigos 1º, V e parágrafo único). Tal modelo realiza-se, efetivamente, através da atuação dos partidos, que são, por isso, elevados à condição de autênticos e peculiares órgãos públicos ainda que não estatais, com relevantes e indispensáveis funções atinentes à formação da vontade política, à criação de legitimidade e ao processo contínuo de mediação (*Vermittlung*) entre povo e Estado (Lei 5.682/71, art. 2.º).

Esta mediação tem seu ponto de culminância na realização de eleições, com a livre concorrência das diversas agremiações partidárias.

E a disputa eleitoral é condição indispensável do próprio modelo representativo, como assinala Rezek:

O regime representativo pressupõe disputa eleitoral cuja racionalidade deriva da livre concorrência entre os partidos, cada um deles empenhado na reunião da vontade popular em torno de seu programa político. Não merece o nome de partido político, visto que não lhe tem a essência, o chamado ‘partido único’: aqui se trata, antes, de um grande departamento político do Estado, fundado na presunção de que seu ideário representa a vontade geral a ponto de alcançar o foro da incontestabilidade. As eleições, no Estado unipartidário, não traduzem o confronto de teses programas, mas a mera expedição popular, em favor dos eleitos, de um atestado de habilitação ao cumprimento do programa que de antemão se erigira em dogma. A pluralidade de partidos não é, dessa forma, uma opção. Sem ela não há que falar, senão por abusiva metáfora, em partido político de espécie alguma.

Portanto, não se afigura necessário despender maior esforço de argumentação para que se possa afirmar que a concorrência entre os partidos, inerente ao próprio modelo democrático e representativo, tem como pressuposto inarredável o princípio de “igualdade de chances”.

O princípio da “igualdade de chances” entre os partidos políticos abrange todo o processo de concorrência entre os partidos, não estando, por isso, adstrito a um segmento específico. É fundamental, portanto, que a legislação que disciplina o sistema eleitoral, a atividade dos partidos políticos e dos candidatos, o seu financiamento, o acesso aos meios de comunicação, o uso de propaganda governamental, dentre outras, não negligencie a idéia de igualdade de chances sob pena de a concorrência entre agremiações e candidatos se tornar algo ficcional, com grave comprometimento do próprio processo democrático.

3.3. O princípio da anterioridade eleitoral como garantia constitucional das minorias e o papel da Jurisdição Constitucional na democracia

A faculdade confiada ao legislador de regular o complexo institucional do processo eleitoral, obriga-o a considerar que as modificações das regras do jogo dentro do parâmetro temporal previsto pelo art. 16 da Constituição pode acarretar sérias conseqüências no próprio resultado do pleito.

Com efeito, a inclusão de novas causas de inelegibilidade diferentes das inicialmente previstas na legislação, além de afetar a segurança jurídica e a isonomia

inerentes ao devido processo legal eleitoral, influencia a própria possibilidade de que as minorias partidárias exerçam suas estratégias de articulação política em conformidade com os parâmetros inicialmente instituídos.

O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o poder legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral.

Se hoje admitirmos que a uma nova lei pode ser publicada dentro do prazo de um ano que antecede a eleição para aumentar os prazos de inelegibilidade e atingir candidaturas em curso, amanhã teremos que também admitir que essa mesma lei possa ser novamente alterada para modificar os mesmos prazos de inelegibilidade com efeitos retroativos. E assim a cada pleito eleitoral os requisitos de elegibilidade ficariam a mercê das vontades políticas majoritárias.

Nesse caminho que pode seguir ao infinito, os direitos de participação política invariavelmente serão atingidos em seu núcleo essencial, que funciona como limite dos limites (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais.

E não se utilize o argumento de que a lei tem fundamentos éticos evidentes, porque amanhã essas bases morais poderão camuflar perigosos interesses políticos. A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicada por esta Corte.

Não se pode descartar, nesse contexto, a necessidade de proteção das minorias. E a proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da jurisdição constitucional nessa tarefa.

A proposta de Hans Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, assentava exatamente na situação em que a atividade jurisdicional atua na defesa ou na proteção das minorias representativas.

Como se sabe, devemos a Kelsen a associação sistemática da jurisdição constitucional a esse aspecto importante do conceito de democracia, que é, exatamente, a possibilidade de sobrevivência e de proteção das minorias (KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2ª ed. 1929, p. 101).

Na famosa conferência proferida perante a Associação dos Professores de Direito Público alemães, Kelsen deixou claro que a jurisdição constitucional haveria de ter papel central em um sistema democrático moderno:

Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, atualmente dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. Toda minoria - de classe, nacional ou religiosa - cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria. (Kelsen, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 181-182).

Nesse contexto, os entes de representação devem agir dentro de limites prescritos, estando os seus atos vinculados a determinados procedimentos. Essas constituições pretendem, portanto, que os atos praticados pelos órgãos representativos possam ser objeto de crítica e controle (GRIMM, Dieter. *Verfassungserichtsbarkeit - Funktion und Funktionsgrenzen in demokratischem Staat*. In: *Jus-Didaktik*, Heft 4, Munique, 1977, p. 83 (95). Trata-se, em verdade, de um modelo de fiscalização democrática dos atos do Poder Público.

Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetus da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia.

A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria.

O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem aqui peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contra-majoritário da Jurisdição Constitucional.

É compreensível a ação das várias associações e das várias organizações sociais tendo em vista a repercussão que esse tema tem na opinião pública. Sabemos que, para temas complexos em geral, há sempre uma solução simples e em geral errada. E para esse caso a população passa a acreditar que a solução para a improbidade administrativa, para as mazelas da vida política, é a Lei do Ficha Limpa. A partir daí há, na verdade, a tentativa de aprisionar, o que nos dificulta enormemente a missão nesta Corte, como em outros casos, porque acabamos tendo de nos pronunciar de forma contra-majoritária, claro, tendo em vista a opinião pública, segundo as pesquisas manifestadas de opinião. Mas esta é a missão desta Corte: aplicar a Constituição, ainda que contra a opinião majoritária. Esse é o ethos de uma Corte Constitucional. É fundamental que tenhamos essa visão.

Isso está, na verdade, já nas lições dos clássicos americanos desde Hamilton; isso está em Alexander Bickel e seu famoso *The least dangerous branch*; está também nos textos mais recentes, talvez um dos melhores, de Eugene Rostow sobre o caráter democrático da jurisdição constitucional – é um texto fascinante, cuja não-tradução para o português eu sempre lamento –; e está na obra de Zagrebelsky, que versa um tema histórico e teológico fascinante: a crucificação e a democracia.

Diz Zagrebelsky:

Para a democracia crítica, nada é tão insensato como a divinização do povo que se expressa pela máxima vox populi, vox dei, autêntica forma de idolatria política. Esta grosseira teologia política democrática corresponde aos conceitos triunfalistas e acrílicos do poder do povo que, como já vimos, não passam de adulações interesseiras.

Na democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas supostas qualidades sobre-humanas, como a onipotência e a infalibilidade.

Depende, ao contrário, de fator exatamente oposto, a saber, do fato de se assumir que todos os homens e o povo, em seu conjunto, são necessariamente limitados e falíveis.

Este ponto de vista parece conter uma contradição que é necessário aclarar. Como é possível confiar na decisão de alguém, como atribuir-lhe autoridade quando não se lhe reconhecem méritos e virtudes, e sim vícios e defeitos? A resposta está precisamente no caráter geral dos vícios e defeitos.

A democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. Se no valor político essa igualdade é negada, já não teríamos democracia, quer dizer, um governo de todos para todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores).

Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou, o que é a mesma coisa, se não existe nenhum critério geralmente aceito, através do qual possam ser estabelecidas hierarquias de mérito e demérito, não teremos outra possibilidade senão atribuir a autoridade a todos, em seu conjunto. Portanto, para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor.” (Zagrebelsky, Gustavo. La crucifixión y la democracia, trad. espanhola, Ariel, 1996, p. 105 – Título original: II Crucifige! e la democracia, Giulio Einaudi, Torino, 1995).

Zagrebelsky encerra essa passagem notável, esse texto notável, um pequeno texto de cento e vinte páginas, falando do julgamento de Cristo. Dizia: Quem é democrático: Jesus ou Pilatos?, retomando um debate que tinha sido colocado por Kelsen no trabalho sobre a democracia. E ele diz:

Voltemos, uma vez mais, ao processo contra Jesus. A multidão gritava Crucifica-lhe! Era exatamente o contrário do que se pressupõe na democracia crítica. Tinha pressa, estava atomizada, mas era totalitária, não havia instituições nem procedimentos. Não era estável, era emotiva e, portanto, extremista e manipulável. Uma multidão terrivelmente parecida ao povo, esse povo a que a democracia poderia confiar sua sorte no futuro próximo. Essa turba condenava democraticamente Jesus, e terminava reforçando o dogma do Sanedrim e o poder de Pilatos.

Poderíamos então perguntar quem naquela cena exercia o papel de verdadeiro amigo da democracia. Hans Kelsen contestava: Pilatos. Coisa que equivaleria a dizer: o que obrava pelo poder desnudo. Ante essa repugnante visão da democracia, que a colocava nas mãos de grupos de negociantes sem escrúpulos e até de bandos de gangsters que apontam para o alto – como já ocorreu neste século entre as duas guerras e como pode ocorrer novamente com grandes organizações criminais de dimensões mundiais e potência ilimitada –, dariam vontade de contestar, contrapondo ao poder desnudo a força de uma verdade: o fanatismo do Sanedrim.

Ao concluir essa reconstrução, queremos dizer que o amigo da democracia – da democracia crítica – é Jesus: aquele que, calado, convida, até o final, ao diálogo e à reflexão retrospectiva. Jesus que cala, esperando até o final, é um modelo. Lamentavelmente para nós, sem embargo, nós, diferentemente dele, não estamos tão seguros de ressuscitar ao terceiro dia, e não podemos nos permitir aguardar em silêncio até o final.

Por isso, a democracia da possibilidade e da busca, a democracia crítica, tem que se mobilizar contra quem rechaça o diálogo, nega a tolerância, busca somente o poder e crê ter sempre razão. A mansidão – como atitude do espírito aberto ao diálogo, que não aspira a vencer, senão a convencer, e está disposto a deixar-se convencer – é certamente a virtude capital da democracia crítica. Porém só o filho de Deus pôde ser manso como o cordeiro. A mansidão, na política, a fim de não se expor à irrisão, como imbecilidade, há de ser uma virtude recíproca. Se não é, em determinado momento, antes do final, haverá de romper o silêncio e deixar de agüentar.

Tenho a impressão de que este é um caso exemplar que nós temos de tensão entre jurisdição constitucional e democracia. Evidente que a expectativa dessa chamada

opinião pública era no sentido de que nós nos pronunciássemos pela aplicação imediata da Lei da Ficha Limpa, até que descobrissem que essa solução seria um atentado contra a própria democracia.

A Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) resultou de projeto de iniciativa popular, subscrito por mais de um milhão e seiscentos mil cidadãos brasileiros. O fato é apresentado pelos diversos meios de comunicação como representativo de uma pujante vontade popular de retirar do processo eleitoral cidadãos que tenham vida pregressa não condizente com a probidade e a moralidade necessárias para o exercício dos cargos políticos. Dessa forma, acabou-se construindo e estimulando um sentimento popular extremamente negativo em torno do julgamento da constitucionalidade dessa lei no Supremo Tribunal Federal. Toda a população passa a acreditar que se esta Corte, ao se aprofundar no exame da Lei da Ficha Limpa, decide pela não aplicação dessa lei às eleições de 2010 ou encontra em um ou outro dispositivo específico da lei problemas de constitucionalidade, é porque ela é a favor ou pelo menos compactua com a corrupção na política. O fato de a lei estar sob o crivo da Suprema Corte do Brasil é levado ao público em geral como uma ameaça à Lei da Ficha Limpa e à moralidade nas eleições.

É dever desta Corte esclarecer, por meio deste julgamento, o papel que cumpre na defesa da Constituição.

Por isso, acredito que nós estamos, hoje, cumprindo bem a missão, o ethos para o qual esta Corte se destina.

O catálogo de direitos fundamentais não está à disposição; ao contrário, cabe a esta Corte fazer esse trabalho diuturno, exatamente porque ela não julga cada caso individualmente, mas, quando julga o caso, ela o faz nessa perspectiva de estar definindo temas. Cabe a esta Corte fazer, diuturnamente, essa pedagogia dos direitos fundamentais, contribuindo para um processo civilizatório elevado.

4. CONCLUSÃO

Com essas considerações, conheço do recurso extraordinário para:

- a. reconhecer a repercussão geral da questão constitucional atinente à aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição), de modo a permitir

aos Tribunais e Turmas Recursais do país a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação ou declaração de inadmissibilidade dos recursos repetitivos, sempre que as decisões recorridas contrariarem ou se pautarem pela orientação ora firmada.

- b. dar provimento ao presente recurso, fixando a não aplicabilidade da Lei Complementar n° 135/2010 às eleições gerais de 2010.

V O T O

O Senhor Ministro Ayres Britto (Relator):

Começo este voto pelo exame do primeiro pedido do autor da ADPF nº 132-RJ, consistente na aplicação da técnica da "interpretação conforme à Constituição" aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro). Técnica da "interpretação conforme" para viabilizar **o descarte de qualquer intelecção desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais.** O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de "interpretação conforme à Constituição", quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal.

2. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º

da Lei nº 5.034/2007), equipara “à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes”¹. Sendo que tal equiparação fica limitada ao gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: “aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (...) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos”. O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, **a perda de objeto dessa presente ação. Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união.**

3. Já de pertinência ao segundo pedido do autor da mesma ADPF 132, consistente no reconhecimento da incompatibilidade material entre os citados preceitos fundamentais da nossa Constituição e as decisões administrativas e judiciais que espocam em diversos Estados sobre o tema aqui versado, imperioso é dizer que tal incompatibilidade em si não constitui novidade. **É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo**

¹ Art. 1º da Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979 (Lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio de Janeiro), o seguinte parágrafo: §7º - “Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de sexos diferentes”.

e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva do Direito que lhes cabe aplicar.

4. Seja como for, **o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277**, versando o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF, **até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI**. Por igual, entendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de nº 132-DF). Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida "interpretação conforme" dos incisos II e V do art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: *"É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família"*. **É o que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a mim distribuída por prevenção**. Com o que este Plenário terá bem

mais abrangentes possibilidades de, pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que reflete o fato histórico de que **nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade.** É a perene postura de reação conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio chamado coração.

5. Em outras palavras, **conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil brasileiro à técnica da "interpretação conforme à Constituição".** O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF, proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção. E assim procedo com base nos seguintes precedentes deste nosso Tribunal: ADPF-QO 72 e ADPF 178), dos quais seleciono as seguintes passagens:

"(...)Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação como ADPF, pela

existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, **resolvo** a presente questão de ordem **propondo o aproveitamento** do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99" (ADPF-00 72, Min. Relatora Ellen Gracie)".

"Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil.

Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-00 nº 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil." (ADPF 178, Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência."

6. Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda como preliminar de mérito, que **tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade.** Requisito que se constitui em *"verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente"* (ADI-MC 4.356/CE, Relator Ministro Dias Toffoli). É que, no caso da ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, **tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem. É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, *verbi gratia*, os institutos da família, do casamento, da entidade familiar, da união estável e da adoção.** Entendimento que se coaduna com a *"posição mais abrangente"* da legitimação para a propositura da ADI e da ADPF, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Min. Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADI-MC 2396. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ADI, a reconhecida finalidade institucional do Ministério

Público em defesa de toda a ordem jurídica (*caput* do art. 127 da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele *presentada* (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede chancelada pela Constituição). **Conheço também da ADI nº 4.277-DF, por consequência.**

7. Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que **merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de "interpretação conforme à Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.**

8. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar que o termo "homoafetividade", aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os pares ou

parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi cunhado pela vez primeira na obra *"União Homossexual, o Preconceito e a Justiça"*, da autoria da desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: *"Há palavras que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais"* (*Homoafetividade: um novo substantivo*)".

9. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos dicionários da língua portuguesa, a exemplo do "Dicionário Aurélio"². Verbete de que me valho no presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico,

² "Homoafetividade 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: *casamento homoafetivo*. 3. Relativo ou pertencente a, ou próprio de duas pessoas que mantêm relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: *direito homoafetivo*." (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1105).

tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de um voluntário navegar por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois que se alonga tanto que se faz universal. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois - é Platão quem o diz -, "quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia". É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que "O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante"³.

10. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da *heteroafetividade*, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que **a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo "sexo" é no inciso IV do seu art. 3º⁴**. O artigo, versante sobre os "objetivos

³ Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de "Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo", a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF),

⁴ "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

fundamentais" da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra "sexo" para emprestar a ela o nítido significado de **conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher.** Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201).

11. Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias da espécie humana, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: **a masculina e a feminina.** Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral.

12. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que **o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica.** É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão

do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

13. "Bem de todos", portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, "bem de todos" enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do "Constitucionalismo fraternal" sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra "Teoria da Constituição", Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a "inclusão social"), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental **igualdade civil-moral** (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente,

deixaram de ser referidos como "homossexuais" para ser identificados pelo nome de "homoafetivos". Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, **a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural**. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista **a respeitosa convivência dos contrários**. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um "princípio de diferença", também estudado por Francesco Viola sob o conceito de "similitude" (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de "A redescoberta da fraternidade na época do 'terceiro' 1789", pp. 7/24 da coletânea "O PRINCÍPIO ESQUECIDO", CIDADE NOVA, São Paulo, 2008).

14. Mas é preciso lembrar que o substantivo "preconceito" foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que ele porta; ou seja, **preconceito é um conceito prévio**. Uma formulação conceitual antecipada ou engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo, **juízo de valor não**

autorizado pela realidade, mas imposto a ela. E imposto a ela, realidade, *a ferro e fogo* de u'a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de *trave no olho da razão e até do sentimento*, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia social e a verdade objetiva das coisas. Donde **René Descartes** emitir a célebre e corajosa proposição de que "Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento", numa época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que "O rei não pode errar" (*The king can do no wrong*). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos versos de **Fernando Pessoa**, três séculos depois da proclamação cartesiana: "O universo não é uma idéia minha./A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha".

15. Há mais o que dizer desse emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o desmerecimento inato das pessoas, **pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de**

se ter nascido mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas.

16. Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela, usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de "sexo". **O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado.** Mas "sexo" ou "aparelho sexual" como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênicas, como sabido, e que, por isso mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto desempenho. Donde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva revelação de sentimento, **mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a prevalência dele no ponto de partida das relações afetivas.** "Instinto sexual ou libido", como prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital da pessoa humana e essa pessoa mesma.

Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente mecânicas de atendimento às necessidades ditas "fisiológicas" de todo indivíduo.

17. Nada obstante, sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma "norma geral positiva" (Hans Kelsen), ora por efeito de uma "norma geral negativa" (ainda segundo Kelsen, para cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. Explico.

18. Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera **por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa**, segundo a qual "tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido" (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a nossa Constituição houve

por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula verbal de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, e que me parece consagradora do que se poderia chamar de **direito de não ter dever**). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresso, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, **pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas**. Embutida nesse modo instintivo de ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Européia⁵. O que

⁵ Resolução do Parlamento Europeu, de 08 de fevereiro de 1994: “A comunidade européia tem o dever, em todas as normas jurídicas já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio de igualdade de tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais”. Resolução sobre o respeito pelos Direitos do Homem na União Européia, de 16 de março de 2000: “Os Estados-membros são incitados a adotar *“políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente, a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimônio e aos do mesmo sexo, a igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo ser*

também se lê em Constituições como a do Estado de Sergipe⁶ e do Mato Grosso⁷, aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a "orientação" sexual alheia. Que não tem nada a ver - repita-se à exaustão - com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.

19. Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na *Terra Brasilis* pós-Constituição de 1988, **o sexo das pessoas é um todo pró-indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual**

necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo."

⁶ 'Art. 3º O Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os seguintes:

(...)

II - proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social, orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político ideológica, crença em manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei."

⁷ "Art. 10 - O Estado do Mato Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e plena efetividade e todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres, (...), nos termos seguintes:

(...)

III - a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental e qualquer particularidade ou condição"

que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. **Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da postura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do "Torna-te quem és", tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a *evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo* (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um *plus* ou *superávit* de vida. Não enquanto um *minus* ou *déficit* existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, o derramamento de bÍlis que tanto prejudica a produção dos neurônios é coisa dos homens; não dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo,**

inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que "A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação". Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere "a liberdade" e "a igualdade" na lista dos "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)".

20. Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, **nesse movediço terreno da sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte. Ostensiva.** Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em *estado de alerta*, para não incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo, com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou

com o desvario ético-social da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato.

21. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º da CF), e, assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776⁸) e até hoje perpassante das declarações constitucionais do gênero. Afinal, **se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.** Ou "homoafetivamente", como hoje em dia mais e mais se fala, talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade sobre a biogenicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão-somente mecânica ou automática, porque independente da vontade daquele que é posto

⁸ "Art. 1º - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança"

no mundo como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado espermatozóide.

22. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, **o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.** Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se concretiza:

I - sob a forma de direito à intimidade, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do solitário desfrute (onanismo);

II - sob a forma de direito à privacidade, se a visualização já ocorrer pelo ângulo do intercuro ou emparceirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte).

23. Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do art. 10 da Constituição, *verbis*: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". **Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos direitos e garantias fundamentais**, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata".

24. Daqui se deduz que a liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), **se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso. Coisa que não existe**. Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo consigo mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de *e-mails*, por exemplo).

25. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto. Ei-la:

I - a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça, na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja;

II - Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. Do incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas confabulações do óvulo feminino e do espermatozóide masculino que o fecunda, pois o tema se expõe, em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação metajurídica. Mas é preciso aduzir, já agora no espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a

vedação de preconceito em razão da compostura masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino - tirante suas diferenças biológicas -, também não assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos;

III – cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência de previsão normativo-constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas **faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que "tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido"** (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º da nossa Constituição); em segundo lugar, porque **nada é de maior intimidade ou de mais entranhada privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais.** Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de afetos e satisfação de desejos tão *in natura* que o poeta-cantor Caetano Velloso bem traduziu

na metafórica locução "bruta flor do querer". E em terceiro lugar, a âncora normativa do §1º do mesmo art. 5º da Constituição;

IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo **"cláusula pétrea"**, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da CF (cláusula que abrange "os direitos e garantias individuais" de berço diretamente constitucional);

V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha). **Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A sós, ou em parceria, renove-se o juízo. É como dizer: se o corpo se**

divide em partes, tanto quanto a alma se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um sólido conjunto, experimentando aquela *nirvânica* aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na fórmula de que: *na matemática do amor, um mais um... é igual a um;*

VI – enfim, assim como não se pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do concreto uso da sexualidade alheia. **Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da sexuada imaginação das pessoas**

(o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por consequência, homens e mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso, todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que **todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade.** Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.

26. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados como péticos (inciso IV do §4º do artigo constitucional de nº 60), cabe

perguntar se a Constituição Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das duas ações constitucionais *sub judice*.

27. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo, justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. É o capítulo de nº VII, integrativo do título constitucional versante sobre a "Ordem Social" (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, **porém com ênfase para a família, de logo aquinhoadada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, verbis: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado"** (*caput* do ar. 226). Em seqüência é que a nossa Lei Maior aporta consigo os dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de que tratam as duas ações sob julgamento, que são os seguintes: a) "O casamento é civil e gratuita a sua celebração" (§1º); b) "O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§2º); c) "Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como

entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento" (§3º); d) "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" (§4º); e) "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (§5º); f) "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio" (§6º); g) "Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas" (§7º); h) "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (§8º); i) "A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros" (§5º do art. 227); j) "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação" (§6º do art. 227).

28. De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que a **parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação**

- é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador ("salário-família", mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Sem embargo de, num solitário parágrafo §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da

mulher, mas, ainda assim: a) como forma especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas.

29. Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão *insimular* a qualquer outra forma de agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração ético-espiritual e propósito de felicidade tão

emparceiradamente experimentada quanto distendida no tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. **Até porque esse núcleo familiar é o principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo "inviolável do indivíduo",** consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado *pedaço de chão no mundo*. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.

30. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. **O que a credencia como base da**

sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como "a Pátria amplificada"). Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de "comunidade". E como toda comunidade, tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência, equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de *locomotiva social* ou *cadinho* em que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição spnozista de que, "Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que compreender".

31. Ora bem, é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição. Donde a sua

literal categorização com “base da sociedade”. E assim normada como figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva postura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste.

32. E se insistimos na metáfora do “continente” é porque o núcleo doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art. 226. Refiro-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a concreção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais por reverberação, arrastamento ou reforçada complementaridade, a saber:

I – “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da **família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao

pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”;

II – “Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”;

III – “Art. 230. A **família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (sem os caracteres negritados, no original).

33. E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a **nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica.**

Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. **Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família.** Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levam e levam de seres humanos despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas

idosas, e, aquele, pertinente às crianças e aos adolescentes.

34. Assim interpretando por forma **não-reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo - data vênua de opinião divergente - é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.** Pena de se consagrar uma liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou subterrâneos. Uma canhestra liberdade "mais ou menos", para lembrar um poema alegadamente psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos versos de que "A gente pode morar numa casa mais ou menos, / Numa rua mais ou menos, / Numa cidade mais ou menos" / E até ter um governo mais ou menos", assim conclui a sua lúcida mensagem:

"O que a gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos".

35. Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber:

I – "O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família

mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. Sem embargo do reconhecimento de que essa primeira referência ao casamento de *papel passado* traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio socio-cultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, *com pompa e circunstância* e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na fluência do matrimônio⁹ e

⁹ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casa

(...)”

mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§§1º e 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, *ao fim e ao cabo*, esse tipo de prestígio constitucional redundará em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil;

II – com efeito, após falar do casamento civil como uma das formas de constituição da família, a nossa Lei Maior adiciona ao seu art. 226 um §3º para cuidar de uma nova modalidade de formação de um autonomizado núcleo doméstico, por ela *batizado* de “entidade familiar”. É o núcleo doméstico que se constitui pela “união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Donde a necessidade de se aclarar:

II.1. - que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente

constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos "homem" e "mulher";

II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que "Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são

exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Preceito, este último, que relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição ("homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações") para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem **é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade.** Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para *matar o seu espírito*, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado *caput* do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diz Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro;

II.3. que a terminologia "entidade familiar" não significa algo diferente de "família", pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas

formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão "entidade familiar" não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da *sub-família*, *família de segunda classe* ou família "mais ou menos" (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, **mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, Uma nova "entidade familiar", seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos.** Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das "entidades associativas" (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em "entidade de classe" (alínea b do inciso XXI do mesmo art. 5º), "entidades governamentais" (ainda esse art. 5º, alínea A do inciso

LXXII), "entidades sindicais" (alínea c do inciso III do art. 150), "entidades beneficentes de assistência social" (§7º do art. 195), "entidades filantrópicas" (§1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, **ela, família, só pode ser uma "entidade ... familiar"**. Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de "entidades autárquicas" (inciso I do §1º do art. 144) as suas "autarquias" (§3º do art. 202). Assim como chamou de "entidade federativa" §11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa "Federação" (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que "entidade autárquica" não é "autarquia", nem "entidade federativa" é algo diferente de "Federação". Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)?

II.4. que as diferenças nodulares entre "união estável" e "casamento civil" já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de

natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que **não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem.** E já vimos que a contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na

fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da nossa Constituição.

III – salto para o §4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. É o que a doutrina entende por “família monoparental”, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviudar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de “entidade familiar”; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o *status* de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória “entidade familiar”, porque sua antiga família *morreria* com seu antigo marido. *Baixaria ao túmulo com ele*. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. Como não se pode pré-excluir

da adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento.

36. Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção) efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo não abre distinção entre adotante "homo" ou "heteroafetivo". E como possibilita a adoção por uma só pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição. Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental.

37. Dando por suficiente a presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do

Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

É como voto.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
REQTE. (S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO. (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS SOCIAIS
DO USO DE PSICOATIVOS - ABESUP
ADV. (A/S) : MAURO MACHADO CHAIBEN E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE. : INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS - IBCCRIM
ADV. (A/S) : MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES E
OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se
de argüição de descumprimento de preceito fundamental, **ajuizada** pela
eminente Senhora Procuradora-Geral da República, *em exercício*,
Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, **na qual se postula**
seja dado, ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à
Constituição, "de forma a excluir qualquer exegeze que possa ensejar
a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer
substância entorpecente específica, inclusive através de
manifestações e eventos públicos" (fls. 14 - **grifei**).

A Senhora Procuradora-Geral da República, *em exercício*,
ao fundamentar a pretensão jurídica que deduziu perante esta Suprema
Corte, **pôs em destaque** os seguintes aspectos **que dão suporte à**

presente argüição de descumprimento de preceito fundamental (fls. 03/13):

"3. No espaço público brasileiro, assim como em diversos outros países, discute-se cada vez mais um tema de inequívoco interesse social: a criminalização das drogas. Em tão importante debate público, há um lado que defende a legitimidade e a eficiência da estratégia criminal no combate às drogas, enquanto outro pugna pela legalização, ou, pelo menos, de algumas delas.

4. Na presente ação, não se objetiva questionar a política nacional de combate às drogas adotada pelo legislador brasileiro. Almeja-se, isto sim, afastar uma interpretação do art. 287 do Código Penal que vem gerando indevidas restrições aos direitos fundamentais à liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220 CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF).

5. Reza o art. 287 do Código Penal:

'Apologia de crime ou criminoso

Art. 287. Fazer, publicamente, a apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.'

6. Nos últimos tempos, diversas decisões judiciais, invocando tal preceito, vêm proibindo atos públicos em favor da legalização das drogas, empregando o equivocado argumento de que a defesa desta idéia constituiria apologia de crime.

7. É certo que há também quem invoque, para proibir as manifestações em favor da legalização das drogas, o artigo 33, § 2º, da Lei 11.343/2006, que tipifica a ação de 'induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga'. Contudo, não é possível deduzir o pedido de interpretação conforme a Constituição de tal dispositivo em sede de ADPF, tendo em vista o princípio da subsidiariedade dessa ação (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99), e o fato de que ser cabível, nessa hipótese, ação direta de inconstitucionalidade. (...).

8. Não se pretende discutir os erros ou acertos de decisões judiciais específicas, nem tampouco a licitude ou ilicitude da conduta de qualquer pessoa ou grupo particular, ou mesmo de qualquer evento público, porque não cabível em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Contudo, para evidenciar a ocorrência da interpretação legal ora questionada, vale recordar os casos recentes de censura judicial, imposta contra manifestações em favor da legalização da maconha.

9. De acordo com a anexa Representação, a chamada 'Marcha da Maconha', em que manifestantes defenderiam a legalização da referida substância entorpecente, foi proibida por decisões do Poder Judiciário brasileiro, no ano de 2008, nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Belo Horizonte (MG), Brasília (DF), Cuiabá (MT), Salvador (BA), João Pessoa (PB) e Fortaleza (CE). Já no ano de 2009, o mesmo evento foi vedado por decisões judiciais nas cidades de Curitiba (PR), São Paulo (SP), Americana (SP), Juiz de Fora (MG), Goiânia (GO), Salvador (BA), Fortaleza (CE) e João Pessoa (PB).

10. As decisões, em geral, têm se assentado na equivocada premissa de que, como a comercialização e o uso da maconha são ilícitos penais, defender publicamente a sua legalização equivaleria a fazer apologia das drogas, estimulando o seu consumo. (...):

.....

11. Este cenário, marcado por graves ofensas às liberdades democráticas, foi mencionado pelo Relator Especial sobre a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no documento que elaborou a propósito dos fatos ocorridos no ano de 2008:

'50. O Escritório do Relator Especial recebeu informação a propósito da adoção de medidas judiciais em maio de 2008 em nove cidades brasileiras diferentes proibindo a realização de demonstrações públicas que visavam a promover modificações no Direito Penal em vigor. Estas decisões foram justificadas por autoridades judiciais com base no argumento de que elas (as demonstrações públicas) constituiriam supostamente

apologia ou instigamento de atividade criminal. O Escritório do Relator Especial recorda que, exceto no caso de formas de expressão que, nos termos do artigo 13 (5) da Convenção Americana, claramente constituam 'propaganda de guerra' ou 'apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à violência ilegal ou a qualquer outra ação similar contra qualquer pessoa ou grupo, por qualquer motivo', marchas de cidadãos pacíficos em áreas públicas são demonstrações protegidas pelo direito à liberdade de expressão'.

12. É verdade que, nesta controvérsia, houve também decisões judiciais mais afinadas com a Constituição e com os seus valores democráticos, valendo ressaltar aquela proferida pelo Juiz do IV Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro, Dr. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, que deferiu 'Habeas Corpus' preventivo, impetrado por Nilo Batista e outros, em favor dos participantes da 'Marcha da Maconha' de 2009 no Rio de Janeiro (...):

.....
A Flagrante Afronta à Liberdade de Expressão

22. A liberdade de expressão é um dos mais importantes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro. Ela representa um pressuposto para o funcionamento da democracia, possibilitando o livre intercâmbio de idéias e o controle social do exercício do poder. De mais a mais, trata-se de direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana, uma vez que, como ser social, o homem sente a necessidade de se comunicar, de exprimir seus pensamentos e sentimentos e de tomar contato com os seus semelhantes.

.....
24. O constituinte brasileiro chegou a ser redundante, ao garantir a liberdade de expressão em múltiplos dispositivos (art. 5º, IV e IX e 220, CF), **rejeitando** peremptoriamente toda forma de censura. Esta insistência não foi gratuita. **Por um lado, ela é uma resposta a um passado de desrespeito a esta liberdade pública fundamental, em que a censura** campeava e pessoas eram perseguidas por suas idéias. Por outro,

ela revela o destaque que tal direito passa a ter em nossa ordem constitucional.

.....
26. **Por isso**, a liberdade de expressão protege simultaneamente os direitos daqueles que desejam expor as suas opiniões ou sentimentos e os do público em geral. Quando se proíbe uma manifestação qualquer, viola-se tanto a liberdade dos que são impedidos de exprimir as suas idéias, como também os direitos dos integrantes do público, que são privados do contato com pontos de vista que poderiam ser importantes para que formassem livremente as suas próprias opiniões.

27. **Uma idéia fundamental**, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir pelos indivíduos o que cada um pode ou não pode ouvir. (...).

28. **Daí por que o fato** de uma idéia ser considerada errada ou mesmo perniciosas pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida. A liberdade de expressão não protege apenas as idéias aceitas pela maioria, mas também - e sobretudo - aquelas tidas como absurdas e até perigosas. **Trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário**, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que **desagradam** ao governo ou **contrariam** os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas.

.....
30. **E a hipótese em discussão é clara**. O Estado brasileiro adota uma determinada política que envolve a proibição e a criminalização das drogas, e esta não pode estar imune à crítica pública, essencial para o funcionamento das sociedades democráticas.

31. **O debate sobre temas políticos**, como a legalização das drogas, representa o verdadeiro 'coração' da liberdade de expressão, o seu núcleo essencial, e é contra ele que atenta a exegese do art. 287 do Código Penal ora impugnada.

Da Violação à Liberdade de Reunião

32. **De acordo com o art. 5º, XVI, da Lei Maior**, 'todos podem se reunir pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião

anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.'

33. O Supremo Tribunal Federal, em histórica decisão sobre a liberdade de reunião', **registrou que ela constitui** 'uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas'. **No voto que proferiu** naquele julgamento, o Ministro Celso de Mello assentou:

'(...) a liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das idéias, configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar.

Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder.

34. No caso, a interpretação questionada do art. 287 do Código Penal **viola gravemente** tal direito, **pois permite que seja tratada** como ilícito penal a **realização** de reunião pública, pacífica e sem armas, devidamente comunicada às autoridades competentes, **só porque voltada** à defesa da legalização das drogas.

35. É certo que a doutrina em geral considera que existe um limite implícito à liberdade de reunião, que é a sua finalidade lícita. Porém, como salientado acima, é perfeitamente lícita a defesa pública da legalização das drogas, na perspectiva do legítimo exercício da liberdade de expressão.

36. Evidentemente, seria ilícita uma reunião em que as pessoas se encontrassem para consumir drogas ilegais ou para instigar terceiros a usá-las. **Não é este o caso de reunião** voltada à crítica da legislação penal e de políticas públicas em vigor, em que se defenda a

legalização das drogas em geral, ou de alguma substância entorpecente em particular.” (grifei)

O Senhor Presidente da República, **nas informações que prestou** a esta Suprema Corte, **suscitou questão preliminar** pertinente ao **não conhecimento** da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, **referente** à *“impossibilidade de interpretação conforme a Constituição na presente ADPF”* (fls. 103), **eis que**, *segundo sustenta* o eminente Chefe do Poder Executivo da União, *“(...) Qualquer exegese que se busque contraria o sentido que o legislador buscou dar à norma (...)”*. (fls. 104).

O Senhor Presidente da República, *de outro lado*, **requereu** a improcedência da ação, *“haja vista que a configuração ou não do tipo penal, bem como de eventuais excludentes constitucionais de liberdade de expressão só podem ser verificadas no caso concreto e não a priori, no juízo do controle abstrato de constitucionalidade”* (fls. 105).

O eminente Advogado-Geral da União, *por sua vez*, **ao pronunciar-se** nestes autos, **manifestou-se pelo não conhecimento** da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental **ou, caso**

conhecida, pela improcedência do pedido (fls. 107/117), fazendo-o em parecer que está assim ementado (fls. 107):

"Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Manifestações em favor da descriminalização das drogas. Liberdade de expressão. Crime de apologia. Pedido de interpretação conforme. Preliminar. Exegese que não se inclui no âmbito de incidência da norma. Inexistência de espaço de decisão para utilização da interpretação conforme. Não conhecimento da ação. Mérito. Linha tênue entre o tipo penal e a liberdade de expressão, só verificável no caso concreto. Controle difuso de constitucionalidade. Manifestação pela improcedência do pedido." (grifei)

A douta Procuradoria-Geral da República, **ao pronunciar-se** nesta causa (fls. 88), reportou-se aos fundamentos por ela *anteriormente deduzidos* na petição inicial, **repelindo** a questão preliminar argüida pelo Senhor Presidente da República e pelo eminente Advogado-Geral da União (fls. 690/694).

Registro, finalmente, que admiti (fls. 143 e 669), como "*amici curiae*", a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos - ABESUP (fls. 120/121) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (fls. 634/639), **cujos pronunciamentos, dando especial ênfase** às liberdades constitucionais de reunião e de manifestação do pensamento, **convergem, em seus aspectos essenciais,**

ADPF 187 / DF

no sentido exposto pelo autor **da presente** argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Este é o relatório, de que se extrairá cópia a **ser encaminhada** a todos os eminentes Senhores Ministros deste Tribunal (Lei nº 9.882/99, art. 7º, "caput").

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 187 DISTRITO FEDERAL

V O T O
(s/ mérito)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Superados os aspectos preliminares que venho de mencionar, passo a analisar a pretensão deduzida na presente argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Antes de fazê-lo, *contudo*, **desejo enfatizar** que este processo de controle de constitucionalidade não tem por objetivo discutir eventuais propriedades terapêuticas ou supostas virtudes medicinais ou, *ainda*, possíveis efeitos benéficos resultantes da utilização de drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, mas, *ao contrário*, busca-se, na presente causa, **proteção** a duas liberdades individuais, **de caráter fundamental**: de um lado, a **liberdade** de reunião e, de outro, o **direito** à livre manifestação do pensamento, **em cujo núcleo** acham-se compreendidos os direitos de

petição, de crítica, de protesto, de discordância e de livre circulação de idéias.

I. O direito de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento: dois importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal

Postula-se, nesta argüição de descumprimento de preceito fundamental, seja dado, ao art. 287 do Código Penal, **interpretação conforme** à Constituição, **"de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos"** (fls. 14 – grifei).

Tenho para mim, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal **defronta-se, no caso,** com um tema de magnitude inquestionável, **que concerne** ao exercício **de duas das mais importantes** liberdades públicas – a liberdade de expressão e a liberdade de reunião – que as declarações constitucionais de direitos e as convenções internacionais – **como a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (Artigos XIX e XX), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Arts. 13 e 15) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigos 19 e 21) – têm consagrado** no curso de um longo processo de desenvolvimento e de afirmação histórica dos direitos fundamentais **titularizados** pela pessoa humana.

É importante enfatizar, Senhor Presidente, tal como tive o ensejo de assinalar em estudo sobre "*O Direito Constitucional de Reunião*" (RJTJSP, vol. 54/19-23, 1978, Lex Editora), que a liberdade de reunião traduz meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das idéias, configurando, por isso mesmo, um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar.

Impõe-se, desse modo, ao Estado, em uma sociedade estruturada sob a égide de um regime democrático, o dever de respeitar a liberdade de reunião (de que são manifestações expressivas o comício, o desfile, a procissão e a passeata), que constitui prerrogativa essencial dos cidadãos, normalmente temida pelos regimes despóticos ou ditatoriais que não hesitam em golpeá-la, para asfixiar, desde logo, o direito de protesto, de crítica e de discordância daqueles que se opõem à prática autoritária do poder.

Guardam impressionante atualidade, Senhor Presidente, as palavras que RUY BARBOSA, amparado por decisão desta Corte, proferiu, em 12 de abril de 1919, no Teatro Politeama, em Salvador, durante campanha presidencial por ele disputada, em conferência cuja realização só se tornou possível em virtude de "*habeas corpus*" que o Supremo Tribunal Federal lhe concedera, tanto em seu favor quanto em

benefício de seus correligionários, **assegurando-lhes o pleno exercício** da liberdade de reunião **e** do direito à livre manifestação do pensamento, **indevidamente cerceados** por autoridades estaduais **que buscavam impedir** que o grande político, jurisconsulto e Advogado brasileiro **divulgasse** a sua mensagem **e transmitisse** as suas idéias ao povo daquele Estado, **com o objetivo** de conquistar seguidores **e** de conseguir adesões em prol de sua causa, **valendo reproduzir**, no ponto, a seguinte passagem daquele pronunciamento:

*"**Venho**, senhores, de Minas, **venho** de S. Paulo (...). De S. Paulo e Minas, **onde pude exercer desassombradamente os direitos constitucionais, as liberdades necessárias de reunião e palavra, franquias elementares** da civilização em tôda a cristandade. De Minas e S. Paulo, **cujos governos, contrários** ambos à minha candidatura, **nenhum obstáculo suscitaram** ao uso **dessas faculdades essenciais** a tôdas as democracias, a **tôdos** os regimens de moralidade e responsabilidade: **antes abriram**, em volta dos comícios populares, **em tôrno** da tribuna pública, **um círculo de segurança e respeito**, em que as nossas convicções se sentiam confiadas nos seus direitos e os nossos corações orgulhosos do seu país. De S. Paulo e Minas, em suma, onde o respeito da autoridade ao povo, e a consideração do povo para com a autoridade, apresentavam o espetáculo da dignidade de uma nação obediente às suas leis e governada pela soberania.*

.....
Venho dêsse** dois grandes Estados, para uma visita a **êste outro não menor do que êles** na sua história, nas virtudes cívicas dos seus habitantes, nos costumes da sua vida social, **venho**, também, a **convite** da sua população; e, **com que diversidade, com que contraste, com que antítese me encontro!** Aqui venho dar com o **direito constitucional de reunião suspenso. Por quem? Por uma autoridade policial. Com que direito? Com o

direito da fôrça. **Sob que pretexto?** Sob o pretexto de que a oposição está em revolta, **isto é**, de que, contra o govêrno, o elemento armado e o Tesouro juntos estão em rebeldia os inermes, as massas desorganizadas e as classes conservadoras.

Banido venho encontrar, pois, o direito de reunião, ditatorialmente banido. Mas, ao mesmo tempo, venho encontrar ameaçada, também soberanamente, de proscricção a palavra, o órgão do pensamento, o instrumento de comunicação do indivíduo com o povo, do cidadão com a pátria, do candidato com o eleitorado. Ameaçada, como? Com a resolução, de que estamos intimados pelo situacionismo da terra, **com a resolução,** que, em tom de guerra aberta, **nos comunicaram os nossos adversários, de intervir** em tôdas as nossas reuniões de propaganda eleitoral, **opondo-se** à nossa linguagem (...).

.....
Mas, senhores, os comícios populares, os 'meetings', as assembléias livres dos cidadãos, nas praças, nos teatros, nos grandes recintos, não são invento brasileiro, muito menos desta época (...). São usos tradicionais das nações anglo-saxônicas, e das outras nações livres. Tiveram, modernamente, a sua origem nas Ilhas Britânicas, e nos Estados Unidos. Dessa procedência é que os recebemos. Recebemo-los tais quais eram. Com êles cursamos a nossa prática do direito de reunião. Com êles, debaixo do regímen passado, associamos a colaboração pública à reforma eleitoral, apostolamos e conseguimos a extinção do cativeiro. Com eles, neste regímen, não pouco temos alcançado para cultura cívica do povo. (...).

.....
(...) O direito de reunião não se pronuncia senão congregando acêrca de cada opinião o público dos seus adeptos.

A liberdade da palavra não se patenteia, senão juntando em tórno de cada tribuna os que bebem as suas convicções na mesma fonte, associam os seus serviços no mesmo campo, ou alistam a sua dedicação na mesma bandeira. A igualdade no direito está, para as facções, para as idéias, para os indivíduos, no arbítrio, deixado a todos sem restrição, de congregar cada qual os seus correligionários, de juntar cada qual os seus comícios, de levantar cada qual o seu apêlo, no lugar da sua conveniência, na ocasião da sua escolha, nas

condições do seu agrado, mas separadamente, mas distintamente, mas desafrontadamente, cada um, a seu talante, na cidade, na rua, no recinto, que eleger, sem se encontrarem, sem se tocarem; porque o contacto, o encontro, a mistura, acabariam, necessariamente, em atrito, em invasão, em caos." (grifei)

O alto significado que o direito de reunião, assume nas sociedades democráticas **foi acentuado**, em tempos mais recentes, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento** da ADI 1.969/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **quando** esta Corte, em sessão de 28/06/2007, **declarou a inconstitucionalidade** do Decreto nº 20.089/99, **editado** pelo Governador do Distrito Federal, **que vedava** "a realização de manifestações públicas, com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros", **em determinados** locais públicos, **como** a Praça dos Três Poderes e a Esplanada dos Ministérios, **em decisão** que restou consubstanciada em acórdão assim ementado:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO 20.098/99, DO DISTRITO FEDERAL. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA. LIMITAÇÕES. OFENSA AO ART. 5º, XVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

I. A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos **constitui** uma das mais importantes conquistas da civilização, **enquanto fundamento** das modernas democracias políticas.

II. A restrição ao direito de reunião **estabelecida** pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda evidência, **mostra-se inadequada**, desnecessária e desproporcional **quando confrontada** com a vontade da Constituição (Wille zur Verfassung).

III. Ação direta **julgada procedente** para declarar a *inconstitucionalidade do Decreto distrital 20.098/99.*" (grifei)

Cabe rememorar, neste ponto, Senhor Presidente, a importantíssima decisão, por mim anteriormente mencionada, que esta Suprema Corte proferiu há 92 (noventa e dois) anos, em 1919, **nos autos** do HC 4.781/BA, Rel. Min. EDMUNDO LINS, **em cujo âmbito** se buscava garantir, **em favor** de diversos pacientes, inclusive de Ruy Barbosa, **o exercício do direito de reunião (e, também, porque** a este intimamente vinculado, **o de livre manifestação** de crítica ao Governo e ao sistema político, bem assim o direito de livremente externar posições, inclusive de não conformismo, sobre qualquer assunto), **em comícios ou em encontros** realizados **em prol** da candidatura oposicionista de RUY, **que se insurgia, uma vez mais, contra** as oligarquias políticas **que dominaram** a vida institucional do Estado brasileiro **ao longo** da Primeira República.

Nesse julgamento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal **concedeu** ordem de "*habeas corpus*" **em favor** de RUY BARBOSA e de diversos outros pacientes, **proferindo, então, decisão** que assim foi resumida pela eminente Dra. LÊDA BOECHAT RODRIGUES ("**História do**

Supremo Tribunal Federal", vol. III/204-205, 1991, Civilização Brasileira):

"A Constituição Federal **expressamente preceitua que a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública. Em qualquer assunto, é livre a manifestação do pensamento, por qualquer meio, sem dependência de censura, respondendo cada um, na forma legal, pelos danos que cometer. Não se considera sedição ou ajuntamento ilícito a reunião (pacífica e sem armas) do povo para exercitar o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos. À Polícia não assiste, de modo algum, o direito de localizar 'meetings' e comícios. Não se concede 'habeas-corpus' a indivíduo não indicado nominalmente no pedido." (grifei)**

A inquestionável relevância desse julgado, essencial à compreensão da posição desta Suprema Corte **em torno dos direitos fundamentais** de reunião e de livre manifestação do pensamento, **revelada** sob a égide de nossa primeira Constituição republicana, **impõe** que se relembrem, por expressivas, **algumas** de suas passagens mais notáveis:

"**Efetivamente, depois de assegurar a todos os indivíduos o direito de se reunirem livremente e sem armas, o legislador constituinte definiu muito bem, a respeito, a função preventiva da polícia, verbis 'não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública' (art. 72, § 8º).**

.....
Não pode também a polícia localizar os meetings ou determinar que só em certos lugares é que eles se podem efetuar, se forem convocados para fins lícitos, como na espécie:

1.º) **porque isto importaria, afinal, em suprimi-los, pois bastaria que ela designasse**

lugares, ou sem a capacidade necessária à maior aglomeração de pessoas, ou habitualmente freqüentados, apenas, por indivíduos de baixa classe, azevieiros ou frascários;

2.º) **porque ninguém pode ser obrigado** a deixar de fazer alguma coisa **senão** em virtude de lei (Const. Fed., art. 72, § 1º.); **ora, não há lei alguma que prescreva** que só se efetuem comícios em lugares previamente fixados pela polícia; e, ao contrário, **o que a lei vigente preceitua é que 'não se considera sedição, ou ajuntamento ilícito, a reunião do povo desarmado, em ordem, para o fim de representar contra as injustiças, vexações e mal procedimento dos empregados públicos; nem a reunião pacífica e sem armas de povo nas praças públicas, teatros e quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos. Para o uso dessa faculdade, não é necessária prévia licença da autoridade policial que só poderá proibir a reunião anunciada no caso de suspensão das garantias constitucionais, limitada em tal caso, na ação de dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nela cominadas'** (Cod. Penal, art. 123 e parágrafo único).

Ora, não nos achamos com as garantias constitucionais suspensas.

E, entretanto o sr. Governador da Bahia expediu ao sr. Presidente da República um telegrama, em que lhe participa, com a mais cândida ingenuidade e como a coisa mais natural deste mundo e mais legal, que 'o seu chefe de Polícia, dr. Alvaro Cóva, resolveu proibir o meeting anunciado para hoje, em que devia falar o dr. Guilherme de Andrade, a favor do Senador Epiácio Pessoa, e também quaisquer outros que fossem anunciados' (Jornal do Comércio, de 27 de março de 1919, a fls.).

.....

'O dr. secretário da Polícia e Segurança Pública, a bem da ordem, deliberou não consentir na realização do meeting na Praça Rio Branco, que para hoje anunciou o sr. dr. Guilherme de Andrade, bem como qualquer que for convocado, não só para aquele local como para qualquer outro ponto, que embarace o trânsito e perturbe a tranqüilidade pública' (fl.).

E ainda, em resposta às informações ora pedidas por este Tribunal, **o dr. Governador da Bahia**, depois de se referir aos sucessos do dia 25 de março, na praça Rio Branco, **acrescenta que**: 'Secretário Segurança Pública resolveu não consentir realização comício na referida praça e em outras em idênticas circunstâncias' (fl.): **é a prova provada do abuso do poder, da flagrante ilegalidade do procedimento do chefe de Polícia da Bahia e, pois, da violência iminente, temida pelo impetrante, assim, pois;**

Considerando que a Constituição Federal **expressamente preceitua** que 'a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.' (Art. 72, § 8º);

Considerando que, em qualquer assunto, **é livre a manifestação de pensamento** pela imprensa ou pela tribuna, **sem dependência de censura, respondendo** cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determina. (Art. supra citado, § 12).

Considerando que 'não se considera sedição ou ajuntamento ilícito a reunião pacífica e sem armas do povo nas praças públicas, teatros e quaisquer outros edifícios ou lugares convenientes para exercer o direito de discutir e representar sobre os negócios públicos.' (Cod. Penal, art. 123), **exatamente** o fim para que é impetrado o presente 'habeas corpus';

Considerando, finalmente, **que à polícia não assiste**, de modo algum, **o direito de localizar meetings ou comícios; porque**, para o uso dessa faculdade (a supra transcrita) **não é necessária prévia licença** da autoridade policial, **que só poderá proibir** a reunião anunciada, no caso de suspensão das garantias constitucionais, (o que se não verifica na espécie) e ainda em tal caso, 'limitada a sua ação a dissolver a reunião, guardadas as formalidades da lei e sob as penas nela cominadas'. (Cod. Penal, parágrafo único do art. 123, supra transcrito).

Acordam, em Supremo Tribunal Federal, **nos termos supra, conceder a presente ordem de 'habeas corpus' ao sr. senador Ruy Barbosa e a todos os indivíduos mencionados nominalmente** na petição de fls. 2 e no princípio deste Acórdão, **para que possam exercer**, na

capital do Estado da Bahia e em qualquer parte dele, o direito de reunião, e mais, publicamente, da palavra nas praças, ruas, teatros e quaisquer recintos, sem obstáculos de natureza alguma, e com segurança de suas vidas e pessoas, realizando os comícios que entenderem necessários e convenientes à propaganda da candidatura do impetrante à sucessão do Presidente da República, sem censura e sem impedimento de qualquer autoridade local ou da União." (grifei)

É importante registrar, Senhor Presidente, nas palavras do saudoso e eminente Ministro ALIOMAR BALEEIRO ("**O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**"), o caráter de significativa relevância **que assumiu** o julgamento *que venho de mencionar, quando da concessão*, por esta Suprema Corte, da ordem de "*habeas corpus*" **que garantiu, aos cidadãos da República, no contexto histórico das já referidas** eleições de 1919, o pleno exercício das liberdades fundamentais de reunião **e** de manifestação do pensamento:

"Dos longes do passado remoto, ligo o Supremo Tribunal Federal às reminiscências de meus 13 anos de idade, na Bahia. Minha velha cidade entrara em ebulição com a campanha presidencial de RUI BARBOSA e de EPITÁCIO PESSOA, em 1919. Tombaram gravemente feridos à bala, num comício, MEDEIROS NETTO e SIMÕES FILHO. PEDRO LAGO escapou, mas sofreu violências outras dos sicários. As vítimas eram amigos políticos e pessoais de meu pai e de meu avô. O meu irmão mais velho, ainda estudante de Direito, trabalhava no jornal oposicionista, alvo das ameaças policiais. Tudo isso aqueceu a atmosfera em nossa casa. Aliás, a Bahia tãda ardia em febre partidária. Para os ruistas, tratava-se dum apostolado cívico e não duma querela de facções.

Temia-se pela vida do próprio RUI quando viesse a fim de pronunciar a conferência anunciada para breve. Suspeitava-se também do governo da República, porque afrontosamente mandara a fôrça federal desagrar a

bandeira do edifício dos Correios, sob pretexto de que recebera ultraje dos partidários do candidato baiano.

Nesse clima eletrizado, caiu como um raio a notícia de que o Supremo Tribunal Federal concedera a RUI e seus correligionários ordem de 'habeas corpus', para que se pudessem locomover, e reunir em comício. Notou-se logo a mudança de atitude da polícia local, que, murcha, abandonou a atitude de provocação. RUI desembarcou dum navio e o povo exigiu que o carro fôsse puxado à mão, ladeiras acima, cêrca de 10 km, até o bairro da Graça, em meio ao maior delírio da massa, que já presenciei. Assisti à saudação que lhe dirigiu, em nome da Bahia, no meio ao trajeto, o velho CARNEIRO RIBEIRO, de barbas brancas ao vento.

Não se via um soldado, nem um guarda civil nas ruas. Se um seabrista tentava provocar incidentes, logo alguém intervinha para 'não perdermos a razão no Supremo Tribunal'. A população prêsa da exaltação partidária mais viva manteve a maior rigorosa ordem, durante dias sem policiamento, a despeito das expansões emocionais.

Ouvi, sem perder uma palavra, ao lado de meu pai, no Politeama baiano, a longa conferência do maior dos brasileiros, interrompida, de minuto a minuto, por tempestades de aplausos. Logo, nos primeiros momentos, Rui entoou um hino ao Supremo Tribunal, que possibilitara a todos o exercício do direito de reunião pacífica naquele momento. Rompeu um côro ensurdecidor de vivas à Côrte egrégia. Foi assim que tomei consciência do Supremo Tribunal Federal e de sua missão de sentinela das liberdades públicas, vinculando-o a imagens imperecíveis na minha memória. E também na minha saudade." (grifei)

Tais palavras, Senhor Presidente, mostram a reverência e a veneração que RUY, ALIOMAR BALEEIRO e os defensores da causa da liberdade sempre dedicaram a esta Suprema Corte, nela reconhecendo o caráter de uma instituição essencialmente republicana, fiel depositária do altíssimo mandato constitucional que lhe foi

ADPF 187 / DF

atribuído pelos Fundadores da República, **que confiaram**, a este *Tribunal*, a **condição eminente de guardião** da autoridade, **de protetor** da intangibilidade **e de garante** da supremacia da Lei Fundamental.

As decisões que venho de referir, Senhor Presidente – **uma**, *pronunciada sob a égide* da Constituição republicana de 1891 (HC 4.781/BA, Rel. Min. EDMUNDO LINS), **e outra**, *proferida sob a vigente* Constituição promulgada em 1988 (ADI 1.969/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI) –, **bem refletem**, *ainda que as separe* um espaço de tempo *de quase* um século, **o mesmo** compromisso **desta** Suprema Corte **com a preservação da integridade** das liberdades fundamentais **que amparam** as pessoas **contra** o arbítrio do Estado.

Na realidade, esses julgamentos **revelam o caráter eminente** da liberdade de reunião, **destacando-lhe o sentido de instrumentalidade** de que ele se reveste, *ao mesmo tempo em que enfatizam* a íntima conexão que existe entre essa liberdade jurídica e o direito fundamental à livre manifestação do pensamento.

O Supremo Tribunal Federal, **em ambos os casos**, **deixou claramente consignado** que o direito de reunião, *enquanto direito-meio*, **atua** em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão, **qualificando-se**, *por isso mesmo*, **sob tal**

perspectiva, como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil, **mediante** exposição de idéias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações, **no processo** de tomada de decisões em curso nas instâncias de Governo.

É por isso que esta Suprema Corte **sempre** teve a nítida percepção **de que há**, entre as liberdades clássicas de reunião e de manifestação do pensamento, *de um lado*, **e** o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, *de outro*, **um claro vínculo relacional**, de tal modo que passam eles a compor um núcleo complexo e indissociável de liberdades e de prerrogativas político-jurídicas, **o que significa que o desrespeito** ao direito de reunião, por parte do Estado e de seus agentes, **traduz**, na concreção desse gesto de arbítrio, **inquestionável** transgressão às demais liberdades cujo exercício possa supor, para realizar-se, **a incolumidade** do direito de reunião, tal como sucede quando autoridades públicas **impedem** que os cidadãos **manifestem**, *pacificamente, sem armas, em passeatas, marchas ou encontros* realizados em espaços públicos, as suas idéias e a sua pessoal visão de mundo, para, desse modo, **propor** soluções, **expressar** o seu pensamento, **exercer** o direito de petição **e**, mediante atos de proselitismo, **conquistar** novos adeptos e seguidores para a causa que defendem.

A praça pública, desse modo, desde que respeitado o direito de reunião, passa a ser o espaço, por excelência, do debate, da persuasão racional, do discurso argumentativo, da transmissão de idéias, da veiculação de opiniões, enfim, a praça ocupada pelo povo **converte-se** naquele espaço mágico em que as liberdades fluem **sem indevidas** restrições governamentais.

Não foi por outra razão, Senhor Presidente, que o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **quando** do julgamento do pedido de medida cautelar na ADI 1.969/DF, **ao fundamentar** a concessão do provimento liminar, **pôs em destaque** a *indestrutível* ligação que existe entre as liberdades públicas cuja proteção jurisdicional é requerida, *uma vez mais*, a esta Suprema Corte:

" (...) o direito de reunião previsto no inciso XVI está associado umbilicalmente a outro da maior importância em sociedades que se digam democráticas: o ligado à manifestação do pensamento." (grifei)

Idêntica percepção foi revelada, no julgamento final da ADI 1.969/DF, pelo eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Relator:

" (...) Na verdade, o Decreto distrital 20.098/99 simplesmente inviabiliza a liberdade de reunião e de manifestação, logo na Capital Federal, em especial na emblemática Praça dos Três Poderes, 'local aberto ao público', que, na concepção do genial arquiteto que a esboçou, constitui verdadeiro símbolo de liberdade e cidadania do povo brasileiro.

Proibir a utilização 'de carros, aparelhos e objetos sonoros', nesse e em outros espaços públicos que o Decreto vergastado discrimina, inviabilizaria, por completo, a livre expressão do pensamento nas reuniões levadas a efeito nesses locais, porque as tornaria emudecidas, sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos." (grifei)

II. O direito fundamental de reunião: estrutura constitucional e oponibilidade de seu exercício ao Poder Público, cujos agentes estão sujeitos, em face dessa liberdade de ação coletiva, à estrita observância de limites e deveres de ordem jurídica

O direito fundamental de reunião apóia-se, em nosso sistema de direito constitucional positivo, no inciso XVI do art. 5º da Constituição da República, que assim o proclama: "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente".

Trata-se de prerrogativa impregnada de caráter instrumental, qualificando-se, enquanto liberdade de ação coletiva, como importante meio de consecução e realização dos objetivos que animam aqueles que se congregam, para um fim específico, em espaços públicos ou privados.

A estrutura constitucional da liberdade de reunião autoriza que nela se identifiquem, pelo menos, 05 (cinco) elementos que lhe compõem o perfil jurídico:

a) elemento pessoal: pluralidade de participantes (possuem legitimação ativa ao exercício do direito de reunião os brasileiros e os estrangeiros aqui residentes);

b) elemento temporal: a reunião é necessariamente transitória, sendo, portanto, descontínua e não permanente, podendo efetuar-se de dia ou de noite;

c) elemento intencional: a reunião tem um sentido teleológico, finalisticamente orientado. **Objetiva um fim**, que é comum aos que dela participam;

d) elemento espacial: o direito de reunião se projeta sobre uma área territorialmente delimitada. A reunião, conforme o lugar em que se realiza, pode ser pública (vias, ruas e logradouros públicos) **ou** interna (residências particulares, v.g.);

e) elemento formal: a reunião pressupõe organização e direção, embora precárias." (grifei)

Qualquer que seja a finalidade que motive o encontro ou agrupamento de pessoas, não importando se poucas ou muitas, mostra-se essencial que a reunião, para merecer a proteção constitucional, seja pacífica, vale dizer, que se realize "sem armas", sem violência ou incitação ao ódio ou à discriminação, cumprindo ter presente, quanto a tal requisito, a advertência de PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", tomo V/604, item n. 10, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT), para quem "(...) a polícia não pode proibir a reunião, ou fazê-la cessar, pelo fato de um ou alguns dos presentes estarem armados. As medidas policiais são contra os que, por ato seu, perderem o direito a reunirem-se a outros, e não contra

os que se acham sem armas. **Contra esses, as medidas policiais são contrárias à Constituição e puníveis segundo as leis" (grifei).**

A essencialidade dessa liberdade fundamental, que se exterioriza no direito de qualquer pessoa reunir-se com terceiros, pacificamente, sem armas, em locais públicos, independentemente de prévia autorização de órgãos ou agentes do Estado (que não se confunde com a determinação constitucional de "prévio aviso à autoridade competente"), revela-se tão significativa que os modelos político-jurídicos de democracia constitucional sequer admitem que o Poder Público interfira no exercício do direito de reunião.

Isso significa que o Estado, para respeitar esse direito fundamental, não pode nem deve inibir o exercício da liberdade de reunião ou frustrar-lhe os objetivos ou inviabilizar, com medidas restritivas, a adoção de providências preparatórias e necessárias à sua realização ou omitir-se no dever de proteger os que a exercem contra aqueles que a ela se opõem ou, ainda, pretender impor controle oficial sobre o objeto da própria assembléia, passeata ou marcha.

É por tal motivo que a liberdade de reunião encontra veemente repulsa por parte de sistemas autocráticos, que não

conseguem tolerar a participação popular nos processos decisórios de Governo **nem admitir** críticas, protestos **ou** reivindicações da sociedade civil.

É de ressaltar que, em nosso sistema normativo, o **direito de reunião** pode sofrer, excepcionalmente, **restrições** de ordem jurídica **em períodos** de crise institucional, desde que utilizados, em caráter extraordinário, os mecanismos constitucionais de defesa do Estado, como o estado de defesa (CF, art. 136, § 1º, I, "a") e o estado de sítio (CF, art. 139, IV), que legitimam a utilização, pelo Presidente da República, **dos denominados poderes de crise**, **dentre os quais** se situa a faculdade **de suspender a própria** liberdade de reunião, **ainda** que exercida em espaços privados.

Em período de normalidade institucional, *contudo*, essa **liberdade fundamental**, além de plenamente oponível ao Estado (que nela não pode interferir, **sob pena** de incriminação de seus agentes e autoridades, **consoante prescreve**, em norma de tipificação penal, a **Lei** nº 1.207, de 25/10/1950), também lhe impõe a obrigação de viabilizar a reunião, assim como o dever de respeitar o direito – que assiste aos organizadores e participantes do encontro – à **autônoma deliberação** sobre o tipo e o conteúdo da manifestação pública.

É por isso, Senhor Presidente, que se pode identificar, na cláusula constitucional que ampara a liberdade de reunião (CF, art. 5º, XVI), tanto um direito (**titularizado** pelos manifestantes) quanto uma obrigação (**imposta** ao Estado), **tal como assinala** PAULO GUSTAVO GONET BRANCO ("**Curso de Direito Constitucional**", p. 443, item n. 3.1.4, 4ª ed., 2009, Saraiva/IDP, **em co-autoria** com Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho):

"O direito de reunião engendra pretensão de respeito, não somente ao direito de estar com outros numa mesma coletividade organizada, mas também de convocar a manifestação, de prepará-la e de organizá-la. O direito de reunião exige respeito a todo processo prévio ao evento e de execução da manifestação. O Estado não há de interferir nesse exercício - tem-se, aqui, o ângulo de direito a uma abstenção dos Poderes Públicos (direito negativo).

O direito de reunião possui, de outra parte, um aspecto de direito a prestação do Estado. O Estado deve proteger os manifestantes, assegurando os meios necessários para que o direito à reunião seja fruído regularmente. Essa proteção deve ser exercida também em face de grupos opositores ao que se reúne, para prevenir que perturbem a manifestação." (grifei)

Vê-se, portanto, que a liberdade de reunião, tal como delineada pela Constituição, impõe, ao Estado, um claro dever de abstenção, que, mais do que impossibilidade de sua interferência na manifestação popular, reclama que os agentes e autoridades governamentais não estabeleçam nem estipulem exigências **que debilitem ou que esvaziem** o movimento, ou, então, **que lhe embarquem** o exercício.

O Estado, por seus agentes e autoridades, não pode cercear nem limitar o exercício do direito de reunião, apoiando-se, para tanto, em fundamentos que revelem oposição governamental ao conteúdo político, doutrinário ou ideológico do movimento ou, ainda, invocando, para restringir a manifestação pública, **razões** fundadas em mero juízo de oportunidade, de conveniência ou de utilidade.

Disso resulta que a polícia não tem o direito de intervir nas reuniões pacíficas, lícitas, em que não haja lesão ou perturbação da ordem pública. Não pode proibi-las ou limitá-las. **Assiste-lhe**, apenas, a **faculdade** de vigiá-las, para, até mesmo, **garantir-lhes** a sua própria realização. O que exceder a tais atribuições, *mais do que ilegal*, será **inconstitucional**.

É **dever**, portanto, dos organismos policiais, **longe dos abusos** que têm sido perpetrados pelo aparato estatal repressivo, **adotar medidas de proteção** aos participantes da reunião, **resguardando-os** das tentativas de desorganizá-la e protegendo-os dos que a ela se opõem.

Por outro lado, conforme doutrina PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969",

tomo V/603), "não é dado à polícia analisar ou apreciar a conveniência da reunião – 'A polícia não pode intervir sem que haja perturbação da ordem. **Simples inconvenientes não justificam a sua intervenção; tampouco a probabilidade de produzir o ato ou a reunião conseqüências perturbantes ou criminosas. Demais, o que lhe cabe resguardar é a ordem, e não a defesa de determinados direitos privados, ou de governantes, porque tal missão é apenas da Justiça**" (grifei).

III. Liberdade de reunião e direito à livre manifestação do pensamento: a proteção das minorias e a função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito

O sentido de fundamentalidade de que se reveste essa liberdade pública **permite afirmar que as minorias também titularizam, sem** qualquer exclusão ou limitação, **o direito de reunião**, cujo exercício mostra-se essencial à propagação de suas idéias, de seus pleitos e de suas reivindicações, sendo completamente irrelevantes, para efeito de sua plena fruição, **quaisquer resistências, por maiores que sejam**, que a coletividade **oponha** às opiniões **manifestadas** pelos grupos minoritários, ainda que desagradáveis, atrevidas, insuportáveis, chocantes, audaciosas ou impopulares.

Daí a correta observação feita pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, neste processo, em primorosa

sustentação de sua posição a respeito do tema, na qual, ao destacar "a garantia do dissenso como condição essencial à formação de uma opinião pública livre", ênfaticamente "o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais em causa":

"A reivindicação por mudança, mediante manifestação que veicule uma ideia contrária à política de governo, não elide sua juridicidade. Ao contrário: a contraposição ao discurso majoritário situa-se, historicamente, no germe da liberdade da expressão enquanto comportamento juridicamente garantido. (...).

.....
Os direitos fundamentais em causa, vocacionados à formação de uma opinião pública livre, socorrem fundamentalmente as minorias políticas, permitindo-lhes a legítima aspiração de tornarem-se, amanhã, maioria; esta é a lógica de um sistema democrático no qual o poder se submete à razão, e não a razão ao poder.

Decerto, inexistiria qualquer razão para que os direitos de liberdade de expressão, de reunião e de manifestação fossem alçados a tal condição caso seu âmbito normativo garantisse, exclusivamente, a exteriorização de concepções compartilhadas pela ampla maioria da sociedade ou pela política em vigor. Se para isso servissem, comporiam uma inimaginável categoria de 'direitos desnecessários'; não seriam, pois, verdadeiros direitos.

A proibição do dissenso equivale a impor um 'mandado de conformidade', condicionando a sociedade à informação oficial – uma espécie de 'marketplace of ideas' (OLIVER WENDELL HOLMES) institucionalmente limitado. Ou, o que é ainda mais profundo: a imposição de um comportamento obsequioso produz, na sociedade, um pernicioso efeito dissuasório ('chilling effect'), culminando, progressivamente, com a aniquilação do próprio ato individual de reflexão (...).

A experiência histórica revela, pois, que o discurso antagônico não requer repressão, mas tolerância; se não fosse pela óbvia razão de que, despida de certo grau de tolerância, a convivência se

tornaria socialmente insuportável, justificar-se-ia tal padrão de conduta pela sempre possível hipótese de que a 'verdade' não esteja do lado da maioria.

.....
Perceba-se, nessa linha de perspectiva: um candidato ou partido político que inclua em sua plataforma ou programa de governo a descriminalização de uma conduta delituosa está a fazer 'apologia ao crime'?

No mesmo tom: seria ilegal uma manifestação pública **tendente** a arregimentar apoio à apresentação de um anteprojeto de lei de iniciativa popular com o objetivo de propor a descriminalização de determinada conduta? E a publicação de uma obra literária, individual ou coletiva, difundindo a mesma opinião? **A propósito:** a sustentação teórica do reducionismo penal – que, em termos radicais, designa-se 'abolicionismo' – é prática criminosa?"
(grifei)

Essas reflexões do IBCCRIM, feitas em sua legítima condição de "amicus curiae", **põem em evidência a função contramajoritária** do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito, **estimulando** a análise da proteção das minorias na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional.

Na realidade, Senhor Presidente, **esse tema** acha-se, intimamente associado ao presente debate constitucional, **pois concerne** ao relevantíssimo papel que ao Supremo Tribunal Federal incumbe desempenhar **no plano** da jurisdição das liberdades: o de órgão **investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, até**

mesmo, **contra** abusos perpetrados pelo próprio Poder Público e seus agentes.

Tal situação **culmina** por gerar um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria, **o que compromete, gravemente**, por reduzi-lo, **o próprio** coeficiente de legitimidade democrática das instituições do Estado, **pois**, *ninguém o ignora*, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão da minoria por grupos majoritários.

Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido**, muitas vezes, **decisões de caráter nitidamente contramajoritário**, **em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, **objetivam preservar**, em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam os grupos minoritários expostos** a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que**, por efeito de tal condição, **tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação, de injusta exclusão, de repressão **e** de abuso contra os seus direitos.

*Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos, **inclusive de grupos minoritários**, que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional.*

Com efeito, *a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, **proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito, **havendo merecido tutela efetiva, por parte** desta Suprema Corte, **quando** grupos majoritários, *por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).**

***Lapidar**, sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a **lúcida advertência** do saudoso e*

eminente Professor GERALDO ATALIBA ("Judiciário e Minorias", "in" Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

"A Constituição **verdadeiramente** democrática **há de garantir** todos os direitos das minorias e impedir toda **prepotência**, todo arbítrio, toda opressão **contra elas**. **Mais que isso** – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, **deve atribuir** um relevante papel institucional às **correntes minoritárias** mais expressivas.

.....
Na democracia, governa a maioria, **mas** – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, **não pode oprimir a minoria**. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de **oposição institucional**, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.

O **principal papel da oposição** é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do **governo da maioria** que o sustenta. **Correlatamente**, critica, **fiscaliza**, aponta falhas e censura a maioria, **propondo-se**, à opinião pública, como alternativa. **Se a maioria governa**, entretanto, **não é dona do poder**, mas age **sob os princípios** da relação de administração.

.....
Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, **liberdade de ação** e influência da **minoria**, para que se tenha verdadeira república.

.....
Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da **oposição instrumento institucional de governo**.

.....
É imperioso que a Constituição **não só garanta a minoria** (a oposição), **como ainda lhe reconheça direitos e até funções**.

.....
Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – **não pode prevalecer-se** da força, **nem**

ser arbitrária nem prepotente, mas deve respeitar a minoria, então os compromissos passam a ser meios de convivência política. (...)." (grifei)

Também o eminente e saudoso Professor PINTO FERREIRA ("Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno", tomo I/195-196, item n. 8, 5ª ed., 1971, RT) demonstra igual percepção do tema ao enfatizar - com fundamento em irrepreensíveis considerações de ordem doutrinária - que a essência democrática de qualquer regime de governo apóia-se na existência de uma imprescindível harmonia entre a "Majority rule" e os "Minority rights":

"A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e **dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas**, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional.

A **dominação majoritária** em si, como o centro de gravidade da democracia, **exige esse respeito às minorias políticas** vencidas nas eleições. O **princípio majoritário** é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia.

O **princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias**, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas **com o devido respeito aos direitos das minorias políticas**, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia.

A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. STUART MILL já reconhecia essa impossibilidade, ainda no século

transato: 'Se toda a humanidade, menos um, fosse de uma opinião, não estaria a humanidade mais justificada em reduzir ao silêncio tal pessoa, do que esta, se tivesse força, em fazer calar o mundo inteiro'. Em termos não menos positivos, esclarece o sábio inglês, nas suas 'Considerations on Representative Government', quando fala da verdadeira e da falsa democracia ('of true and false Democracy'): 'A falsa democracia é só representação da maioria, a verdadeira é representação de todos, inclusive das minorias. A sua peculiar e verdadeira essência há de ser, destarte, um compromisso constante entre maioria e minoria.' (grifei)

IV. Grupos majoritários não podem submeter, à hegemonia de sua vontade, a eficácia de direitos fundamentais, que se revestem de nítido caráter contramajoritário, especialmente se analisado esse tema na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional

O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, **mais** do que simples figura conceitual **ou** mera proposição doutrinária, **reflete**, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional **densa** de significação **e plena** de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas.

A opção do legislador constituinte **pela concepção democrática** do Estado de Direito **não pode esgotar-se** numa simples proclamação retórica. **A opção** pelo Estado democrático de direito, **por isso mesmo, há de ter conseqüências efetivas no plano** de nossa organização política, **na esfera** das relações institucionais entre os poderes da República **e no âmbito** da formulação de uma teoria das

liberdades públicas e do próprio regime democrático. **Em uma palavra: ninguém** se sobrepõe, **nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República, cujo texto confere, **aos direitos fundamentais, um nítido caráter contramajoritário.**

É evidente que o **princípio majoritário desempenha** importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material** de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício do direito de reunião e da liberdade de expressão (e, também, o do direito de petição), **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

Desse modo, e para que o regime democrático **não se reduza** a uma categoria político-jurídica **meramente conceitual ou simplesmente formal, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente** em sede jurisdicional, **quando tal se impuser, a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, **de modo efetivo,** os direitos fundamentais **que a todos, sem distinção,** são assegurados.

Isso significa, portanto, numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

Daí a inteira procedência da observação feita pela eminente Dra. DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA, na petição inicial que subscreveu, com brilhante fundamentação, na condição de Procuradora-Geral da República:

“Uma idéia fundamental, subjacente à liberdade de expressão, é a de que o Estado não pode decidir, pelos indivíduos, o que cada um pode ou não pode ouvir. Como ressaltou Ronald Dworkin, ‘o Estado insulta os seus cidadãos e nega a eles responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas’.

Daí por que o fato de uma idéia ser considerada errada ou mesmo pernicioso pelas autoridades públicas

de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida. **A liberdade de expressão não protege apenas as idéias aceitas pela maioria, mas também – e sobretudo – aquelas tidas como absurdas e até perigosas. Trata-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas.**" (grifei)

V. As plurissignificações do art. 287 do Código Penal: necessidade de interpretar esse preceito legal em harmonia com as liberdades fundamentais de reunião, de expressão e de petição

Vê-se, portanto, que o litígio constitucional instaurado na presente causa é motivado por abordagens hermenêuticas diversas em torno do art. 287 do Código Penal, precisamente em face do conteúdo polissêmico desse preceito legal, o que é atestado pela existência de provimentos judiciais conflitantes a propósito da questão, eis que há decisões que reconhecem que o art. 287 do Código Penal impede a realização de qualquer marcha ou passeata que objective propor a discussão pública sobre a legalização do uso de drogas ou de substâncias correlatas, frustrando-se, assim, o exercício de liberdades públicas fundamentais, cuja prática tem sido duramente atingida e gravemente obstada por notórias medidas repressivas adotadas pelo Estado e seus agentes em função de pronunciamentos do Poder Judiciário que consideram apologia de fato

criminoso as condutas daqueles que organizam, promovem e/ou participam de movimentos **como** o da "*Marcha da Maconha*".

De outro lado, registram-se **decisões** que, **proferidas** em sentido diametralmente oposto, **buscam compatibilizar** o art. 287 do Código Penal **com** o texto da Constituição, **interpretando-o** de forma a não inviabilizar o exercício da liberdade de reunião e a prática dos direitos de petição e de livre manifestação do pensamento.

Tudo isso torna necessário debater e examinar o significado e o alcance de determinadas liberdades fundamentais – a liberdade de reunião, a liberdade de manifestação do pensamento e, *também*, o direito de petição – **cujo exercício** tem sido inviabilizado, pelo Poder Público, sob a equivocada interpretação de que manifestações públicas (e pacíficas), como a "*Marcha da Maconha*", configurariam a prática do ilícito **tipificado** no art. 287 do Código Penal, **que define**, como entidade delituosa, a "apologia de fato criminoso", **não obstante destinadas, tais manifestações, a veicular** idéias, **a transmitir** opiniões, **a formular** protestos **e a expor** reivindicações (direito de petição), **com a finalidade de sensibilizar** a comunidade e as autoridades governamentais, notadamente os seus legisladores, para a delicada questão da

descriminalização ("abolitio criminis") do uso das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica.

Extremamente precisa, a esse propósito, **a referência** que o IBCCRIM faz, **em sua formal intervenção** nesta causa, à **delimitação material** do objeto da presente demanda constitucional, **especialmente** no ponto em que assim se manifesta:

"O objeto desta ADPF não se confunde com o objeto das reuniões ou manifestações que, sob contínua ameaça de repressão do Poder Público, justificaram a presente medida. (...).

A temática jurídica submetida à apreciação desse Supremo Tribunal Federal situa-se em domínios normativos superiores, de feição constitucional; mais precisamente, no âmbito das liberdades individuais: estão em pauta os direitos fundamentais de reunião e de manifestação, enquanto projeções da liberdade de expressão, em cujo núcleo essencial incluem-se as faculdades de protesto e de reivindicação, pressupostos de uma sociedade livre, aberta e pluralista.

Nessa perspectiva, as manifestações que, sob ilegítima expansão normativa dos limites do art. 287 do Código Penal, vêm sofrendo censura estatal poderiam ter por conteúdo matérias reivindicatórias as mais diversas ('v.g.', a descriminalização do aborto, da eutanásia ou de qualquer outra conduta incriminada sobre a qual a sociedade esteja dividida); ainda assim, o objeto da ADPF persistiria o mesmo.

É preciso, outrossim, que fique claro: a proteção judicial ora postulada não contempla – e nem poderia fazê-lo – a criação de um espaço público circunstancialmente imune à ação fiscalizatória ordinária do Estado; menos ainda se propugna que, no exercício das liberdades ora reivindicadas, manifestantes possam incorrer em ilicitude de qualquer espécie, como, por exemplo, consumir drogas. O espectro

de liberdade que se objetiva ver assegurado é aquele inerente – portanto, adequado e necessário – aos direitos fundamentais implicados, sem que daí decorra implícita permissão à prática de conduta que se possa traduzir em violação às normas integradoras do Direito em vigor.” (grifei)

É por isso que a douta Procuradoria-Geral da República, após enfatizar, com apoio em magistério doutrinário, **que a liberdade de reunião** acha-se submetida a um limite implícito, que é a sua finalidade lícita, corretamente observa:

“(…) é perfeitamente lícita a defesa pública da legalização das drogas, na perspectiva do legítimo exercício da liberdade de expressão.

Evidentemente, seja ilícita uma reunião em que as pessoas se encontrassem para consumir drogas ilegais ou para instigar terceiros a usá-las. Não é este o caso de reunião voltada à crítica da legalização penal e de políticas públicas em vigor, em que se defenda a legalização das drogas em geral, ou de alguma substância entorpecente em particular.” (grifei)

O direito de reunião, Senhor Presidente, também surge como verdadeira pré-condição necessária à ativa participação dos cidadãos no processo político e no de tomada de decisões, notadamente agora em que o sistema constitucional brasileiro **confere** legitimidade ativa aos cidadãos para a instauração, por iniciativa popular, do processo legislativo, o que habilita o eleitorado a **propor**, ao Congresso Nacional, nos termos do art. 14, III, e do art. 61, § 2º, da Constituição, projetos de lei objetivando, até

mesmo, a própria "abolitio criminis" referente a qualquer conduta hoje penalmente punível.

Legítimos, pois, sob perspectiva estritamente constitucional, a assembléia, a reunião, a passeata, a marcha ou qualquer outro encontro **realizados**, em espaços públicos, com o objetivo de obter apoio para eventual proposta de legalização do uso de drogas, de criticar o modelo penal de repressão e punição ao uso de substâncias entorpecentes, de propor alterações na legislação penal pertinente, de formular sugestões concernentes ao sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, de promover atos de proselitismo **em favor** das posições **sustentadas** pelos manifestantes e participantes da reunião, ou, finalmente, de exercer o direito de petição **quanto ao próprio objeto motivador** da assembléia, passeata ou encontro.

VI. Vinculação de caráter instrumental entre a liberdade de reunião e o direito de petição

Mostra-se relevante salientar, agora, Senhor Presidente, que igualmente existe uma clara relação de instrumentalidade **entre** a liberdade de reunião **e** o direito de petição, **que também se qualifica como expressiva** prerrogativa de

natureza constitucional e de caráter político-jurídico, **inerente** ao próprio exercício da cidadania.

Como sabemos, a declaração constitucional de direitos, inscrita no texto de nossa Lei Fundamental, assegura, a todos, o direito de petição aos poderes públicos, consagrando, em favor das pessoas em geral, uma faculdade que tem sido reconhecida ao longo do constitucionalismo brasileiro, desde a Carta Política do Império do Brasil (art. 179, n. 30), transitando, sem qualquer exceção, por todas as Constituições republicanas, até o vigente ordenamento constitucional (CF/88, art. 5º, inciso XXXIV, "a"), sempre atribuindo, aos cidadãos e à generalidade das pessoas, a prerrogativa de apresentar, aos órgãos competentes do Estado, queixas, reclamações e denúncias de abusos, além de propiciar-lhes a possibilidade de oferecer representação propondo a adoção de medidas que materializem a sua posição e o seu pensamento a propósito de certa matéria ou tema específico, como sucede, p. ex., com os que, congregando-se, pacificamente, em praça pública, propõem ao Poder Legislativo (destinatário precípua da manifestação popular) a adoção de medidas descriminalizadoras do uso e consumo de drogas em geral e de determinada substância entorpecente em particular.

Vale ter presente, neste ponto, a observação que PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", tomo V/630, item n. 3, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT) faz sobre o direito de petição, que surgiu, historicamente, no contexto da Revolução Gloriosa (1688), com a Declaração de Direitos britânica de 1689 ("Bill of Rights"), que assegurava (como ainda assegura), aos súditos, o direito de se dirigir ao monarca reinante (e ao Parlamento), propondo-lhes a adoção de medidas ou de providências indicadas em pleito individual ou coletivo: "(...) é o direito público subjetivo de petição, com as pretensões respectivas, qualquer que seja o interesse ou direito-base que invoque o peticionário, e independe de qualquer prova de interesse próprio. Os poderes públicos são apenas adstritos a proferir despacho, ou designar comissão que estude as reclamações feitas. Porém, o Poder Legislativo não pode deixar de designar comissão 'ad hoc', ou permanente, que dê parecer, sujeito, ou não, a plenário. O arquivamento, sem qualquer resposta, constitui violação do enunciado da Constituição. A praxe é dar parecer a Comissão de Petições e enviá-lo, depois, com a petição, às outras Comissões, a que, pela matéria, interesse. Formou-se a relação jurídica processual, especialíssima, e o Estado tem o dever de prestação, em solução favorável ou não" (grifei).

VII. "A Marcha da Maconha": expressão concreta do exercício legítimo, porque fundado na Constituição da República, das liberdades fundamentais de reunião, de manifestação do pensamento e de petição

É importante destacar, de outro lado, Senhor Presidente, que, ao contrário do que algumas mentalidades repressivas sugerem, a denominada "Marcha da Maconha", longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca, na realidade, expor, de maneira organizada e pacífica, apoiada no princípio constitucional do pluralismo político (fundamento estruturante do Estado democrático de direito), as idéias, a visão, as concepções, as críticas e as propostas daqueles que participam, como organizadores ou como manifestantes, desse evento social, amparados pelo exercício concreto dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação do pensamento e de petição.

Nesse contexto, a questionada (e tão reprimida) "Macha da Maconha" é bem a evidência de como se interconexionam as liberdades constitucionais de reunião (direito-meio) e de manifestação do pensamento (direito-fim ou, na expressão de Pedro Lessa, "direito-escopo"), além do direito de petição, todos eles igualmente merecedores do amparo do Estado, cujas autoridades – longe de transgredirem tais prerrogativas fundamentais – deveriam protegê-las, revelando tolerância e respeito por aqueles que,

congregando-se em espaços públicos, pacificamente, sem armas, apenas pretendem, Senhor Presidente, valendo-se, legitimamente, do direito à livre expressão de suas idéias e opiniões, transmitir, mediante concreto exercício do direito de petição, mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas.

Cabe rememorar, bem por isso, as observações feitas pelo ilustre Advogado e Professor SALO DE CARVALHO ("A Política Criminal de Drogas no Brasil - Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06", p. 258/261, item n. 12.10, 5ª ed., 2010, Lumen Juris), que, em precisa exposição, indicou as finalidades legítimas perseguidas pelos que participam, sob o amparo das liberdades fundamentais de reunião e de manifestação do pensamento, dos encontros e eventos promovidos pelos organizadores de referida manifestação pública:

"Realizada anualmente a partir de 1999 em várias cidades do planeta, a Marcha da Maconha é caracterizada por série de eventos de apoio às políticas antiproibicionistas e de redução de danos. Em festividades realizadas no primeiro sábado do mês de maio, considerado o Dia Mundial pela Descriminalização da 'Cannabis', são organizados encontros, passeatas, fóruns de debates, festas, concertos e festivais. Idealizada e coordenada por organizações civis e públicas não-governamentais, a Marcha objetiva realização de manifestações pacíficas, performances culturais e atos de livre expressão para informação e

discussão de políticas públicas que envolvem a (des)criminalização da 'cannabis'.

Segundo os organizadores, a ideia principal do evento é a promoção de debate sério sobre as políticas públicas que envolvem as drogas, **sendo os participantes incentivados a não fazer uso** de qualquer tipo de droga, lícita ou ilícita, **especialmente o álcool, durante as manifestações. Constitui-se**, tanto como movimento social espontâneo, reivindicatório e de livre exposição do pensamento.

No Brasil, na última década, **inúmeros coletivos aderiram** à Marcha, **seguindo** o movimento global de manifestação **contrária** às políticas proibicionistas. **A organização nacional**, ao longo dos anos, **publicizou** amplamente a **intenção de debater** o tema da criminalização e os efeitos produzidos pela atual política criminal de drogas no Brasil e na América Latina. **No ambiente virtual** mantido pelos grupos e instituições que representam o Movimento, **encontra-se a seguinte** exposição de motivos:

'Os objetivos principais do Coletivo são: Criar espaços onde indivíduos e instituições interessadas em debater a questão possam se articular e dialogar; **Estimular reformas** nas Leis e Políticas Públicas sobre a maconha e seus diversos usos; **Ajudar a criar** contextos sociais, políticos e culturais onde todos os cidadãos brasileiros possam se manifestar de forma livre e democrática a respeito das políticas e leis sobre drogas; **Exigir formas** de elaboração e aplicação dessas políticas e leis que sejam mais transparente, justas, eficazes e pragmáticas, **respeitando** a cidadania e os Direitos Humanos.

O Coletivo Marcha da Maconha Brasil **reafirma** que suas atividades **não têm** a intenção de fazer apologia à maconha **ou** ao seu uso, **nem incentivar** qualquer tipo de atividade criminosa. As atividades do Coletivo **respeitam** não só o direito à livre manifestação de ideias e opiniões, mas também os limites legais desse e de outros direitos.'

Na Carta de Princípios da Marcha da Maconha no Brasil, os integrantes expressam os objetivos da manifestação:

'A Marcha da Maconha Brasil é um movimento social, cultural e político, cujo objetivo é levantar a proibição hoje vigente em nosso país em relação ao plantio e consumo da 'cannabis', tanto para fins medicinais como recreativos. Também é nosso entendimento que o potencial econômico dos produtos feitos de cânhamo deve ser explorado, especialmente quando isto for adequado sob o ponto de vista ambiental.

A Marcha da Maconha Brasil não é um movimento de apologia ou incentivo ao uso de qualquer droga, o que inclui a 'cannabis'. No entanto, partilhamos do entendimento de que a política proibicionista radical hoje vigente no Brasil e na esmagadora maioria dos países do mundo é um completo fracasso, que cobra um alto preço em vidas humanas e recursos públicos desperdiçados.

A Marcha da Maconha Brasil não tem posição sobre a legalização de qualquer outra substância além da 'cannabis', a favor ou contra. O nosso objetivo limita-se a promover o debate sobre a planta em questão e demonstrar para a sociedade brasileira a inadequação de sua proibição.

A Marcha da Maconha Brasil tem como objetivo agregar todos aqueles que comunguem dessa visão, usuários da erva ou não, que desejem colaborar de alguma forma para que a proibição seja derrubada. Os que estão presos pelo simples fato de plantar a 'cannabis' para uso pessoal são considerados presos políticos, assim como todos aqueles que estão atrás das grades sem ter cometido violência nenhuma contra ninguém, por delitos relacionados a esse vegetal que o conservadorismo obscurantista teima em banir.

Para atingir os seus objetivos, a Marcha da Maconha Brasil atuará estritamente dentro da Constituição e das leis. Não abrimos mão da liberdade de expressão, mas também não promovemos a desobediência a nenhuma lei. Entretanto, reconhecemos que se a sociedade tem o dever de cumprir a lei elaborada e aprovada por seus representantes eleitos,

os legisladores devem exercer a sua função em sintonia com a evolução da sociedade.

Uma vez por ano, simultaneamente com o movimento internacional 'Global Marijuana March', a Marcha da Maconha Brasil organizará e convocará manifestações públicas pela legalização da 'cannabis'. Além disso, também poderão ser organizadas outras atividades, tais como seminários, conferências e debates, inclusive em colaboração com outros grupos e movimentos, nacionais e estrangeiros.'

Percebe-se, da leitura do material de divulgação, que a finalidade do movimento é problematizar a política criminal proibicionista. Trata-se, portanto, de movimento social espontâneo que reivindica a possibilidade, através da livre manifestação do pensamento, da discussão democrática do modelo proibicionista e dos efeitos que produziu em termos de incremento da violência. Ademais, o evento Marcha da Maconha possui, nitidamente, caráter cultural e artístico, em face da programação de atividades musicais, teatrais e performáticas, além da criação de espaço de debate com palestras, seminários e exposições de documentários relacionados às políticas públicas ligadas às drogas, lícitas e ilícitas.

Em razão dos dados apresentados, incabível entender as condutas como apologia de fato criminoso, não apenas porque houve a descriminalização do tipo específico existente na revogada Lei 6.368/76, mas porque sequer há possibilidade de subsunção ao art. 287 do Código Penal.

Note-se que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal do art. 287 do Código Penal é a paz pública. Assim, a conduta, para constituir materialmente delito, deve, necessariamente, gerar, no seio social, perturbação. Segundo a doutrina, 'fazer apologia significa defender, justificar, elogiar, enaltecer, defender. Trata-se da conduta daquele que, publicamente, enaltece o fato criminoso ou o autor do crime.'

No caso da Marcha da Maconha, do que se pode perceber, não há qualquer espécie de enaltecimento, defesa ou justificativa do porte para consumo ou do tráfico de drogas ilícitas, figuras tipificadas nos art. 28 e 33 da Lei 11.343/06. Ao contrário, resta

evidente a tentativa de pautar importante (e necessário) debate acerca das políticas públicas e dos efeitos do proibicionismo." (grifei)

VIII. A liberdade de manifestação do pensamento: um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos

Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, Senhor Presidente, que **nada** se revela **mais** nocivo e **mais** perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir a liberdade de expressão, **mesmo** que se objective, **com apoio** nesse direito fundamental, **expor** idéias **ou formular** propostas que a maioria da coletividade repudie, **pois**, nesse tema, **guardo a convicção** de que **o pensamento há de ser livre**, **sempre livre**, **permanentemente livre**, **essencialmente livre**.

Torna-se extremamente importante reconhecer, desde logo, que, **sob a égide** da vigente Constituição da República, **intensificou-se**, em face de seu inquestionável sentido de fundamentalidade, **a liberdade** de manifestação do pensamento.

Ninguém desconhece que, **no contexto** de uma sociedade fundada em bases democráticas, **mostra-se intolerável** a repressão estatal ao pensamento.

Não custa insistir, neste ponto, **na asserção** de que a Constituição da República **revelou** **hostilidade** extrema a quaisquer

práticas estatais tendentes a restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento.

Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão e manifestação de idéias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado.

Não deixo de reconhecer, Senhor Presidente, que os valores que informam a ordem democrática, **dando-lhe** o indispensável suporte axiológico, **revelam-se conflitantes** com toda e qualquer pretensão estatal **que vise** a nulificar **ou** a coarctar a **hegemonia essencial** de que se revestem, em nosso sistema constitucional, **as liberdades** do pensamento.

O regime constitucional vigente no Brasil **privilegia,** *de modo particularmente expressivo,* **o quadro** em que se desenvolvem as liberdades do pensamento. **Esta** é uma realidade normativa,

política e jurídica que não pode ser desconsiderada pelo Supremo Tribunal Federal.

A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a todos assiste, de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal "a priori", as suas convicções, expondo as suas idéias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinárias, ainda que impopulares, contrárias ao pensamento dominante ou representativas de concepções peculiares a grupos minoritários.

É preciso reconhecer que a vedação dos comportamentos estatais que afetam tão gravemente a livre expressão e comunicação de idéias **significou** um notável avanço nas relações entre a sociedade civil e o Estado. Nenhum diktat, emanado do Estado, pode ser aceito **ou** tolerado, na medida em que venha a comprometer o **pleno** exercício da liberdade de expressão.

A Constituição, ao subtrair, da interferência do Poder Público, o processo de comunicação e de livre expressão das idéias, ainda que estas sejam rejeitadas por grupos majoritários, mostrou-se atenta à grave advertência de que o Estado **não pode dispor** de poder

algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre os modos de sua manifestação.

Impende advertir, bem por isso, notadamente quando os agentes do Poder, atuando de forma incompatível com a Constituição, buscam promover a repressão à liberdade de expressão, vedando o exercício do direito de reunião e, assim, frustrando, de modo injusto e arbitrário, a possibilidade de livre exposição de opiniões, que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias, sobre o pensamento e sobre as convicções manifestadas pelos cidadãos.

Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como precedentemente assinalado, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. Isso, porque "o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental" representa, conforme adverte HUGO LAFAYETTE BLACK, que integrou a Suprema Corte dos

Estados Unidos da América (1937-1971), "o mais precioso privilégio dos cidadãos..." ("Crença na Constituição", p. 63, 1970, Forense).

É certo que o direito à livre expressão do pensamento não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico.

É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

Cabe relembrar, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, § 5º, exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento, "toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência".

Tenho por irrecusável, Senhor Presidente, que a liberdade de manifestação do pensamento, impregnada de essencial transitividade, destina-se a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções

prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social, impedindo que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, qualquer tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, pois todos não de ser livres para exprimir idéias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

Vale lembrar, no ponto, o magistério, sempre valioso, de CELSO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR e FABIO M. DE ALMEIDA DELMANTO ("Código Penal Comentado", p. 820, 8ª ed., 2010, Saraiva), cujos comentários, por extremamente relevantes, reproduzo a seguir, notadamente porque esses eminentes autores corretamente procedem a uma interpretação do art. 287 do Código Penal em conformidade com a Constituição e com o que ela estabelece em tema de liberdades fundamentais:

"Liberdades públicas: Pode ocorrer que a conduta do agente esteja amparada por garantias constitucionais, como ocorre com as da liberdade de manifestação do pensamento (CR, art. 5º, IV) e da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença (inciso IX), havendo um conflito aparente de normas com a proibição prevista no crime deste art. 287. O que o Direito Penal pune, evidentemente, são os 'abusos' no exercício dessas liberdades. Dependendo do caso, não haverá antijuridicidade ou ilicitude na conduta daquele

que, por exemplo, propugna pela descriminalização do aborto, do porte de droga para uso próprio e da eutanásia. Isto porque, defender a descriminalização de certas condutas previstas em lei como crime, não é fazer apologia de fato criminoso ou de autor de crime. Igualmente, não configura o crime deste art. 287 a conduta daquele que usa camiseta com a estampa da folha da maconha, por ser inócua a caracterizar o crime e por estar abrangida na garantia constitucional da liberdade de manifestação do pensamento. (grifei)

IX. A proposta de legalização do uso de drogas, inclusive da "Cannabis Sativa Linnaeus", ainda que defendida fora de ambientes acadêmicos, em espaços públicos ou privados, é amparada pelas liberdades constitucionais de reunião, de manifestação do pensamento e de petição

Desejo salientar, neste ponto, Senhor Presidente, já me aproximando do encerramento deste voto, que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação à prática do delito, nem com o de apologia de fato criminoso, eis que o debate sobre a abolição penal de determinadas condutas puníveis pode (e deve) ser realizado de forma racional, com respeito entre interlocutores, ainda que a idéia, para a maioria, possa ser eventualmente considerada estranha, extravagante, inaceitável ou, até mesmo, perigosa.

É relevante destacar que já se registraram, no ordenamento positivo brasileiro, diversos casos de "abolitio criminis", cabendo mencionar, dentre eles, em tempos mais recentes,

a descaracterização típica do adultério (CP, art. 240), da sedução (CP, art. 217) e do rapto consensual (CP, art. 220).

Impõe-se lembrar, aqui, fato historicamente expressivo, além de impregnado de inequívoco significado jurídico: refiro-me a comportamento que era punido, como delito, pelo Código Penal de 1890, que foi o primeiro estatuto penal da República, cujo art. 402 definia, como ato passível de repressão penal (pena de 2 a 6 meses de prisão celular), a **conduta** consistente em "Fazer, nas ruas e praças públicas, exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem (...)".

Se prevalecesse a lógica autoritária, aqui repudiada, que extrai, do art. 287 do vigente Código Penal, em interpretação absolutamente incompatível com o texto da Constituição, a existência do delito de apologia de fato criminoso, nele enquadrando o comportamento dos que sustentam, publicamente, a descriminalização de determinado ato punível, estar-se-ia reconhecendo, em tal contexto, a possibilidade de incriminação dos que pugnam pela legalização da prática da capoeiragem ou que, nesta, vislumbraram manifestação de caráter folclórico ou de índole cultural, como o fez, em 1932, em declaração pública, Gustavo Capanema, então Ministro da Educação e Saúde do Governo Provisório de Getúlio

Vargas, **que proclamou, textualmente**, que "A capoeira é o esporte nacional brasileiro", **o que permitiu retirar, nos anos subseqüentes**, das páginas da repressão criminal, **a atividade** de capoeira, **pois**, *como se sabe*, **a capoeira, hoje, acha-se vinculada** à Confederação Brasileira de Capoeira, entidade **reconhecida pelo próprio Comitê Olímpico Brasileiro**, **sendo digno de nota, ainda, o fato** de que a "Roda de Capoeira" foi qualificada, pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), em 21/10/2008, **como prática integrante do Patrimônio Cultural do Brasil**.

Enfatize-se, Senhor Presidente, **que jamais se cogitou**, **quanto** aos autores **de tais** propostas – **não importando se** formuladas na esfera da sociedade civil **ou** no âmbito do Congresso Nacional (**e que objetivavam** a descriminalização, *dentre outros*, **dos delitos** de capoeiragem, de adultério, de sedução e de rapto consensual) –, **que tivessem eles** cometido o delito **tipificado** no art. 287 do Código Penal, **o que, se ocorrido, constituiria um rematado absurdo**...

Há que se reconhecer, *ainda*, **no que se refere** à pretendida *descriminalização* do uso de drogas, **inclusive** da maconha, que essa tese **é sustentada, publicamente**, por diversas entidades, **tais como** a *Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia*, **presidida** pelo ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que, **em artigo** publicado no

"Valor Econômico" ("A Guerra contra as Drogas", em 18/01/2011), e após observar que a guerra contra as drogas "é uma guerra perdida", impondo-se, por isso mesmo, uma ruptura de paradigma na análise e enfrentamento dessa questão, teceu as seguintes observações:

"A guerra contra as drogas é uma guerra perdida e 2011 é o momento para afastar-se da abordagem punitiva e buscar um novo conjunto de políticas baseado na saúde pública, direitos humanos e bom senso. Essas foram as principais conclusões da Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia que organizei, ao lado dos ex-presidentes Ernesto Zedillo, do México, e César Gaviria, da Colômbia.

Envolvemos-nos no assunto por um motivo persuasivo: a violência e a corrupção associadas ao tráfico de drogas representam uma grande ameaça à democracia em nossa região. Esse senso de urgência nos levou a avaliar as atuais políticas e a procurar alternativas viáveis. A abordagem proibicionista, baseada na repressão da produção e criminalização do consumo, claramente, fracassou.

Após 30 anos de esforços maciços, tudo o que o proibicionismo alcançou foi transferir as áreas de cultivo e os cartéis de drogas de um país a outro (conhecido como efeito balão). A América Latina continua sendo a maior exportadora de cocaína e maconha. Milhares de jovens continuam a perder as vidas em guerras de gangues. Os barões das drogas dominam comunidades inteiras por meio do medo.

Concluimos nosso informe com a defesa de uma mudança de paradigma. O comércio ilícito de drogas continuará enquanto houver demanda por drogas. Em vez de aferrar-se a políticas fracassadas que não reduzem a lucratividade do comércio - e, portanto, seu poder - precisamos redirecionar nossos esforços à redução do consumo e contra o dano causado pelas drogas às pessoas e sociedade.

.....
A abordagem recomendada no informe da comissão, no entanto, não significa complacência. As drogas são prejudiciais à saúde. Minam a capacidade dos usuários

de tomar decisões. O compartilhamento de agulhas dissemina o HIV/Aids e outras doenças. O vício pode levar à ruína financeira e ao abuso doméstico, especialmente de crianças.

.....
Reduzir o consumo ao máximo possível precisa, portanto, ser o objetivo principal. Isso, contudo, requer tratar os usuários de drogas como pacientes que precisam ser cuidados e não como criminosos que devem ser encarcerados. Vários países empenham-se em políticas que enfatizam a prevenção e tratamento, em vez da repressão - e reorientam suas medidas repressivas para combater o verdadeiro inimigo: o crime organizado.

A cisão no consenso global em torno à abordagem proibicionista é cada vez maior. Um número crescente de países na Europa e América Latina se afasta do modelo puramente repressivo.

Portugal e Suíça são exemplos convincentes do impacto positivo das políticas centradas na prevenção, tratamento e redução de danos. Os dois países descriminalizaram a posse de drogas para uso pessoal. Em vez de registrar-se uma explosão no consumo de drogas como muitos temiam, houve aumento no número de pessoas em busca de tratamento e o uso de drogas em geral caiu.

Quando a abordagem política deixa de ser a de repressão criminal para ser questão de saúde pública, os consumidores de drogas ficam mais abertos a buscar tratamento. A descriminalização do consumo também reduz o poder dos traficantes de influenciar e controlar o comportamento dos consumidores.

Em nosso informe, recomendamos avaliar do ponto de vista da saúde pública - e com base na mais avançada ciência médica - os méritos de descriminalizar a posse da cannabis para uso pessoal.

A maconha é de longe a droga mais usada. Há um número cada vez maior de evidências indicando que seus danos são, na pior hipótese, similares aos provocados pelo álcool ou tabaco. Além disso, a maior parte dos problemas associados ao uso da maconha - desde o encarceramento indiscriminado dos consumidores até a violência e a corrupção associadas ao tráfico de drogas - é resultado das atuais políticas proibicionistas.

A descriminalização da cannabis seria, portanto, um importante passo à frente para abordar o uso de drogas

como um problema de saúde e não como uma questão para o sistema de Justiça criminal.

.....
Nenhum país concebeu uma solução abrangente ao problema das drogas. A solução, no entanto, não exige uma escolha cabal entre a proibição e a legalização. A pior proibição é a proibição de pensar. Agora, enfim, o tabu que impedia o debate foi quebrado. Abordagens alternativas estão sendo testadas e precisam ser cuidadosamente avaliadas.

No fim das contas, a capacidade das pessoas de avaliar riscos e fazer escolhas estando informadas será tão importante para regular o uso das drogas quanto leis e políticas mais humanas e eficientes. Sim, as drogas corroem a liberdade das pessoas. É hora, no entanto, de reconhecer que políticas repressivas em relação aos usuários de drogas, baseadas, como é o caso, em preconceito, medo e ideologia, são, da mesma forma, uma ameaça à liberdade." (grifei)

Cabe registrar, finalmente, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, instituição vinculada à Organização dos Estados Americanos, por sua Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, já manifestou grave preocupação, externada no Informe Anual de 2008, motivada pela existência de decisões judiciais que proibiram, em maio daquele ano, no Brasil, a realização de manifestações públicas que buscavam propor modificações na legislação penal em vigor, **assim havendo se pronunciado a respeito, como registra a douta Procuradoria-Geral da República (fls. 05/06):**

"50. O Escritório do Relator Especial recebeu informação a propósito da adoção de medidas judiciais em maio de 2008 em nove cidades brasileiras diferentes proibindo a realização de demonstrações públicas que

visavam a promover modificações no Direito Penal em vigor. **Estas decisões foram justificadas por autoridades judiciais com base no argumento de que elas (as demonstrações públicas) constituiriam supostamente apologia ou instigamento de atividade criminal. O Escritório do Relator Especial recorda que, exceto no caso de formas de expressão que, nos termos do artigo 13 (5) da Convenção Americana, claramente constituam 'propaganda de guerra' ou 'apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à violência ilegal ou a qualquer outra ação similar contra qualquer pessoa ou grupo, por qualquer motivo', **marchas de cidadãos pacíficos** em áreas públicas são demonstrações protegidas pelo direito à liberdade de expressão."** (grifei)

X. Conclusão:

Em suma, Senhor Presidente: a liberdade de expressão, **considerada** em seu mais abrangente significado, **traduz, ela própria**, o fundamento que nos permite formular idéias e transmiti-las **com o intuito** de provocar a reflexão **em torno** de temas que podem revelar-se **impregnados** de elevado interesse social.

As idéias, Senhor Presidente, **podem** ser fecundas, libertadoras, subversivas ou transformadoras, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos e **rompendo** paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento **não seja reprimido e**, o que se mostra fundamental, **para que** as idéias **possam** florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe** de sufocar opiniões divergentes, **legitime** a instauração do dissenso **e viabilize**, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes, a **concretização** de um dos valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: **o respeito ao pluralismo político**.

A livre circulação de idéias, portanto, **representa** um signo **inerente** às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, vale dizer, **com pensamentos antagônicos** que se contrapõem, em permanente movimento dialético, a padrões, convicções e opiniões que exprimem, em dado momento histórico-cultural, o "mainstream", **ou seja**, a corrente dominante em determinada sociedade.

É por isso que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas, **longe** de significar um ilícito penal, supostamente caracterizador do delito de apologia de fato criminoso, **representa**, na realidade, a **prática legítima** do direito à livre manifestação do pensamento, **propiciada** pelo exercício do direito de

reunião, sendo irrelevante, para efeito da proteção constitucional de tais prerrogativas jurídicas, a maior ou a menor receptividade social da proposta **submetida**, por seus autores e adeptos, ao exame e consideração da própria coletividade.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas e garantindo a todas as pessoas o exercício dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação do pensamento, tais como assegurados pela Constituição da República, **julgo procedente** a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, **para dar, ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição**, "de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, **inclusive** através de manifestações e eventos públicos" (fls. 14 - grifei).

É o meu voto.

CHILE- Sentencia 1

CORTE DE APELACIONES

RECURSO 651-2010

La Serena, 10 de noviembre de 2010.

VISTOS:

A fojas 12 comparece doña Elba de las Mercedes Moreno Moreno, empleada dependiente, domiciliada en calle Dominga Santa María N°111, Andacollo, e interpone recurso de protección en contra del Hospital San Juan de Dios, de La Serena, representado por su Director don Luis Marín Campusano, ignora profesión u oficio, ambos domiciliados en Av. Balmaceda N°916, La Serena y en contra del Fondo Nacional de Salud (FONASA), representado por su Director Regional Centro Norte don Antonio Eguren Barrales, ignora profesión u oficio, ambos domiciliados en calle Eduardo de La Barra N°346, La Serena, por los actos arbitrarios e ilegales en que han incurrido y que vulnerarían sus garantías constitucionales, consistente en la no entrega de los medicamentos necesarios para su tratamiento de quimioterapia desde el día 30 de julio de dos mil diez.

Sostiene que se encuentra afiliada a FONASA y que actualmente padece de Cáncer Ovárico, según informe de fecha 20 de febrero de 2007, siendo sometida a terapia sin que desapareciera la enfermedad, por lo que fue derivada a tratamiento al Hospital de La Serena, comenzando su tratamiento con fecha 29 de marzo del presente año, administrándosele dosis de Carboplatino y Ciclofosfamida, medicamentos que se caracterizan por su alto costo, el que le resulta inalcanzable, en particular el principal medicamento denominado Gemzar, cuyo organismo tolera.

Agrega que en principio el Hospital de La Serena, le otorgó los medicamentos necesarios para su tratamiento y que aproximadamente con fecha 12 de julio del año en curso la doctora Ninette Blanchard le indicó que el medicamento Gemzar, principal insumo de su tratamiento de quimioterapia, no le sería dado, ni tampoco el Hospital lo iba a traer, decisión que obedecía a un cambio de criterio del Hospital, lo que se vio agravado cuando el día 30 de julio último, al concurrir a buscar el resto de los medicamentos, se le indicó que no se estaba entregando ningún medicamento para personas enfermas de cáncer, sin darle ninguna explicación, ni comunicado oficial, decisión que pone en riesgo su vida y salud.

Manifiesta que las conductas señaladas vulneran su derecho contemplado en el artículo 19 N°1 de La Constitución Política de la República, así como su numeral 2°, en el sentido de que ninguna autoridad puede establecer diferencias arbitrarias, todo ello en relación con el artículo 5 de la mencionada Carta Fundamental, Decreto Supremo N°326 del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Por otra parte, sostiene FONASA, como servicio público, presta un servicio a la salud de la comunidad y debe velar por el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona.

Por lo expuesto, resultando arbitraria e ilegal la privación de medicamentos sufrida por el recurrente, solicita acoger la presente acción, ordenando la proporción inmediata del medicamento Gemzar y todos aquellos prescritos por los médicos tratantes, a objeto de continuar su tratamiento, con costas.

Acompaña antecedente en que funda su acción.

A fojas 28, evacua informe Sergio Ansieta, abogado, en representación del Servicio de Salud Coquimbo- Hospital de La Serena-, solicitando el rechazo del presente recurso por carecer de fundamentos al no existir acto ilegal o arbitrario que atente contra las garantías constitucionales.

Indica que la recurrente es paciente de ese centro y que padece cáncer de ovario avanzado, que no ha sido posible curar, pese a las diversas terapias a las que ha sido sometida, sin que en ningún momento haya quedado sin recibir los medicamentos que las Guías Clínicas del Ministerio de Salud recomiendan como primera línea de terapia, a saber, Carboplatino y Ciclofosfamida.

Manifiesta que el medicamento Gemzar, con su compuesto Gemcitabina, no figura dentro del Protocolo del Programa Nacional de Cáncer de Adulto (PANDA) para el tratamiento del cáncer de ovario y que no ha existido cambio de medicamento o discontinuidad en la entrega de medicamentos, pues nunca ha recibido Gemcitabina de parte del Hospital.

Que, así expuestos los hechos, sostiene, resultaría improcedente obligar al Hospital a comprar un medicamento no reconocido como terapia y sin contar, además, con financiamiento, sin que ésta sea la vía idónea para modificar los protocolos.

Finaliza su informe señalando que no existe ningún acto ilegal o arbitrario y solicita se rechace el recurso en todas sus partes.

Acompaña antecedentes en que funda su informe.

A fojas 43, evacua informe Antonio Eguren Barrales, en representación de la Dirección Regional Centro Norte del Fondo Nacional de Salud, persona jurídica de derecho público creada por Decreto Ley N°2763, domiciliados en Eduardo de La Barra N°346, La Serena y solicita el rechazo del presente recurso.

Indica que no se han vulnerado las garantías constitucionales de los N°1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ni ninguna otra disposición legal o reglamentaria, toda vez que, no es efectivo que arbitrariamente la recurrida haya dejado de otorgar un medicamento que le corresponda ya que si bien la recurrente fue tratada en el Hospital de La Serena, se le dio otros medicamentos que están en el PANDA, pero no el Gemzar, debiendo la recurrida financiar sólo medicamentos que se encuentren en el Protocolo y guías clínicas, de otra manera no es posible transferir recursos a los establecimientos, ya que FONASA como todo ente público actúa de acuerdo al principio de legalidad. Agrega, además, que el mencionado medicamento, registra escasa información sobre su efectividad en cáncer de ovario, motivos por los que solicita el rechazo de la presente acción.

A fojas 46 se traen los autos en relación.

A fojas 50 para mejor resolver se solicitó informe al Servicio de Oncología del Hospital de La Serena, el que se evacuo a fojas 53.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección al afectado ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio.

SEGUNDO: Que como se desprende de lo expresado, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a derecho, en el sentido de vulnerar un precepto normativo obligatorio que tenga la naturaleza jurídica de aquéllas a que se refiere el artículo 1° del Código Civil, aplicable al caso concreto, en otras palabras, el actuar u omitir es ilegal, cuando fundándose en algún poder jurídico que se detenta, se excede en su ejercicio, de cualquier manera; o bien, arbitrario, es decir, producto del mero capricho de quien incurre en él, de modo que la arbitrariedad indica carencia de razonabilidad en el actuar u omitir, esto es, falta de proporción entre los motivos y la finalidad que alcanza; y que, enseguida provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, contrariando a una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y decisión de cualquier asunto como el que se ha propuesto en el presente caso.

TERCERO: Que, en estos autos, se ha reclamado como ilegal o arbitrario el acto de los recurridos, Hospital de La Serena representado por su director don Luis Marín Campusano y Fondo Nacional de Salud representado por su Director Regional Centro Norte don Antonio Eguren Barrales, de privar a doña Elba de las Mercedes Moreno Moreno de los medicamentos necesarios para su tratamiento de quimioterapia contra el cáncer ovárico que le afecta; sostiene, que en un principio el Hospital de La Serena le otorgó los medicamentos necesarios para su tratamiento, sin embargo, el 12 de julio del año en curso la Dra. Ninette Blanchard le indicó que no se le iba a entregar el medicamento Gezmar porque el Hospital, por un cambio de criterio, no lo iba a traer, y que el día 30 de julio último, al ir a retirar sus medicamentos, no le fue entregado sin ninguna explicación, decisión que pone en riesgo su vida y salud. La recurrente estima que dichas conductas vulneran su derecho a la vida y a su integridad física y síquica contemplada en el artículo 19 n° 1 de la Constitución Política de la República y su garantía de igualdad ante la ley, establecido en el numeral 2° del artículo 19 antes citado, disposiciones relacionadas con los artículos 5° y 9° de la Carta Fundamental y el Decreto Supremo N° 326 del Ministerio de relaciones Exteriores que promulga el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12.

CUARTO: Que, el abogado Sergio Ansieta Calderón, informando en representación del Hospital de La Serena, sostiene que el recurso carece de fundamentos de hecho y de derecho, pues no existe acto ilegal o arbitrario que atente en contra de la garantía constitucional invocada, y debe ser rechazado. Expone, que en ningún momento la paciente ha quedado sin recibir los medicamentos que las guías clínicas del Ministerio de Salud recomiendan como primera línea de terapia, esto es,

Carboplatino y Ciclofosfamida, y que el medicamento Gemzar, con su compuesto activo Gemcitabina, no figura dentro del Protocolo del Programa Nacional de Cáncer de Adulto (PANDA) para el tratamiento del cáncer de ovario y que, tampoco, ha existido un cambio de medicamento o una discontinuidad en su entrega, pues nunca ha recibido Gemcitabina de parte del Hospital. Concluye señalando, que no resulta procedente obligar al Hospital a comprar un medicamento que las Guías Clínicas del Ministerio de Salud no reconocen como terapia para el tratamiento del cáncer de ovario, agregado al hecho que el Hospital no cuenta con un financiamiento ilimitado por parte del asegurador público, FONASA, por lo que no es posible destinar recursos para un tratamiento que no aparece en principio justificado desde el punto de vista de los protocolos y guías clínicas del Ministerio de Salud.

QUINTO: Que a foja 43, don Antonio Eguren Barrales informa en representación de la recurrida, Dirección Regional Centro Norte del Fondo Nacional de Salud, señalando que no se han vulnerado las garantías constitucionales de los N° 1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, ni ninguna otra disposición legal o reglamentaria, toda vez que, no es efectivo que arbitrariamente la recurrida haya dejado de otorgar un medicamento que le corresponda, ya que si bien la recurrente fue tratada en el Hospital de La Serena, se le dio otros medicamentos que están en el PANDA, pero no el Gemzar, debiendo la recurrida financiar sólo medicamentos que se encuentren en el Protocolo y guías clínicas, de otra manera no es posible transferir recursos a los establecimientos, ya que FONASA como todo ente público actúa de acuerdo al principio de legalidad. Agrega, además, que existe escasa información sobre la efectividad de tal medicamento en cáncer de ovario, motivos por los que solicita el rechazo de la presente acción.

SEXTO: Que de lo expuesto por la recurrente, de lo informado por los recurridos y de los antecedentes allegados a los autos, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, en especial informe anatomopatológico, datado el 20 de febrero de 2007, informe de Ecotomografía Ginecológica de fecha 22 de diciembre de 2009, memorando n° 808/10 Unidad de Farmacia y ficha clínica, se logran establecer los siguientes hechos que, por lo demás, no han sido controvertidos en autos: a) que la recurrente doña Elba de las Mercedes Moreno Moreno padece de un cáncer ovárico y por ello ha sido sometida a diversas intervenciones y tratamientos, calificándose su enfermedad como avanzada en Etapa IV; b) que con fecha 29 de marzo de 2010 inició su tratamiento de quimioterapia en la Unidad de Quimioterapia del Hospital de La Serena, habiéndose efectuado sesiones mensuales los días 29 de marzo, 23 de abril y 25 de mayo del año en curso; c) que en dichas sesiones se le ha administrado los medicamentos Carboplatino y Ciclofosfamida; d) que el medicamento "Gemzar" no se encuentra dentro del Protocolo del Programa Nacional de Cáncer de Adulto; y e) que las únicas drogas entregadas a la recurrente por la Unidad de Farmacia del Hospital de la Serena, desde Enero de 1997 a Agosto de 2010 han sido el Carboplatino y Ciclofosfamida.

SÉPTIMO: Que es preciso tener presente que el Fondo Nacional de Salud, FONASA, recurrido de autos, constituye un servicio público que presta un servicio de salud a la comunidad, y por ende, debe cumplir el mandato constitucional contemplado en los números 1 y 9 del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, el derecho a la vida e integridad física y el derecho a la protección de la salud.


OCTAVO: Que para la resolución del recurso es preciso establecer que si para el tratamiento de quimioterapia se le ha prescrito y en su caso, entregado a la recurrente Moreno, el fármaco Gemcitabina (nombre genérico) o Gemzar (nombre comercial), toda vez que, consta de autos que se le han proporcionado los demás medicamentos requeridos para su tratamiento, conforme lo

informado por la jefa de Unidad de Farmacia del Hospital de La Serena, mediante oficio de fecha 17 de agosto de 2010 y lo afirmado por las partes en estrados.

NOVENO: Que en este orden, de la historia y evolución clínica cuya ficha se acompaña a estos antecedentes, se constata que el día 12 de marzo de 2010, la Dra. Blanchard consigna: que "se analiza caso clínico determinándose el siguiente protocolo. Carboplatino 750 día 1 y Gemcitabina 2200 días 1 y 8. Dres. Morales y Blanchard; posteriormente, el día 24 de marzo de 2010, existe un timbre que dice "COMITÉ y luego se consigna que "En base a que se trata de tumor sensible se plantea darle Carboplatino + Ciclofosfamida. En caso de no responder por 3 ciclos, se solicitará la compra de Genocitabina" Dres. Huidobro-Vacarezza. Morales-Blanchard- . Luego, el día 2 de junio de 2010, bajo el timbre COMITÉ se anota: Se analiza caso por presentar paciente reacción alérgica severa a Carboplatino c/ compromiso respiratorio. Dado a que no se describe reacción cruzada al Cisplatino se decide continuar terapia con Cisplatino mas Ciclofosfamida o Genocitabina. El día 2 de Junio se le indica el octavo ciclo Cisplatino mas Genotén o Gemcitabina; el día 24 de junio se consigna que se está tramitando compra de Gemcitabina a través del hospital. El 1 de Agosto de 2010 se señala que no se hizo el tercer ciclo indicado por Dra. Blanchard (\$), esto es, Cisplatino mas el Genotén. El 13 de agosto nuevamente se señala que ha habido progresión de enfermedad y que no ha recibido Gemcitabina.

A su vez, el informe médico extendido por la Dra. Ninette Blanchard, agregado a fojas 35, luego de relatar la historia de la enfermedad de la recurrente, indica que se analizó el caso en equipo oncológico con Dra. Morales, decidiéndose que el mejor esquema, de acuerdo con la literatura actual de medicina basada en evidencia que ha encontrado tasas de respuesta de 20 a 30% y con sobrevida promedio de 6 meses, se definió asociar a Carboplatino la Gemcitabina.

DÉCIMO: Que así las cosas, de los elementos de convicción analizados precedentemente, en especial, teniendo presente que con posterioridad a la interposición de este recurso, y específicamente, de la ficha clínica, se constata que el día 13 de agosto pasado, la paciente presenta una progresión de la enfermedad con cansancio, dolor abdominal alto, angustiada por su situación, oportunidad en que se dejó constancia que no ha recibido gemcitabina y considerando que según informe del Servicio de Oncología del Hospital de La Serena, agregado a fojas 53 para mejor resolver , éste se encuentra indicado para el cáncer epitelial de ovario en ciertas condiciones y en el informe de fojas 35 se señala que le fue prescrito a la recurrente al analizar el caso en el equipo oncológico asociándolo a carboplatino y teniendo presente, además que, según información contenida en el sitio del Instituto Nacional del Cáncer de EEUU, la gemcitabina es un medicamento indicado para tratar el cáncer de ovario en estado avanzado, junto con otros medicamentos, antecedentes apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, estos sentenciadores logran la convicción que a la paciente Elba Moreno, una comisión médica, le prescribió para su tratamiento de quimioterapia el uso del medicamento Gemcitabina, droga cuyo nombre comercial es Gemzar, como asimismo que dicho fármaco, no obstante haberle sido prescrito, atendida su condición médica, no le ha sido entregado por el organismo de salud.


UNDÉCIMO: Que para resolver el presente recurso es preciso además considerar que acorde a lo dispuesto en el artículo 8 letra b) de la Ley n° 18.469 , que regula el ejercicio del derecho a la salud y crea un régimen de prestaciones de salud, precepto cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó mediante el DFL N° 1 del año 2005, los beneficiarios del sistema de salud pública tendrán derecho a recibir del Régimen General de Garantías en Salud "asistencia médica curativa, que incluye consulta, exámenes y procedimientos quirúrgicos, hospitalización y atención..., tratamientos, incluidos los medicamentos contenidos en el Formulario Nacional de

Salud, y demás atenciones y acciones de salud que se establezcan". Norma que se complementa con lo prescrito por el artículo 2° de la misma ley, que señala" Los establecimientos asistenciales del Sistema Nacional de Salud no podrán negar atención a quienes lo requieran".

DUODÉCIMO: Que, acorde a lo prescrito precedentemente, los elementos de juicio allegados a los autos por la demandante de protección y los antecedentes constatados por el tribunal, resultan suficientes para formar convicción en orden a tener por establecido, en forma fehaciente, la existencia de actos destinados a conculcar o amenazar su derecho a la vida y que se le atribuyen al recurrido, toda vez que de las normas citadas en el fundamento precedente, se infiere que la entrega de medicamentos constituye una de las formas previstas por dicha ley para materializar a los ciudadanos el acceso a la salud, de modo que ha incurrido en una omisión ilegal y arbitraria toda vez que, existiendo un deber jurídico de actuar lo ha incumplido, sin que exista una justificación racional que legitime tal conducta ,pues la circunstancia que la droga no se encuentre dentro del protocolo PANDA, ni en las Guías Clínicas del Ministerio de Salud, como se señala en el informe de fojas 53, no es razón suficiente para tal omisión, considerando el principio de supremacía constitucional de los incisos 1° y 2° del artículo 6° de la Carta Fundamental ; de modo que, frente a los padecimientos de la paciente y especialmente considerando que fue prescrita por los profesionales especialistas del centro asistencial, se afecta su derecho a la integridad física y síquica, toda vez que le impide un tratamiento adecuado causándole pesadumbre, vulnerándose con ello la garantía del numeral primero del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

DECIMOTERCERO: Que asimismo, la recurrente sostiene que tal conducta, configura una infracción al principio de igualdad, sin embargo, no existen en la causa antecedentes que demuestren que hubiere recibido un trato diferente al de otras personas aquejados con similar enfermedad, motivo por el cual no es posible tener por acreditada vulneración a dicha garantía del inciso segundo del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

DECIMOCUARTO: Que, en consecuencia, acorde a los razonado , la negativa de los recurridos configura una vulneración de la garantía constitucional contemplada en el número 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y, por tanto, procede acoger el recurso .

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 19 N° 1°de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales , SE ACOGE, sin costas, el recurso de protección interpuesto por doña Elba Moreno Moreno y por ende , los recurridos deberán proporcionarle a doña Elba Moreno Moreno el medicamento "GEMCITABINA" para los efectos del tratamiento de quimioterapia , en los términos en que le fue prescrito.

Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Redacción de la ministro titular doña Marta Maldonado Navarro.
Rol N° 651-2010 (Prot.)- CORTE SUPREMA
Recurso 8902/2010
Santiago, veintiséis de enero del año dos mil once.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su motivo duodécimo, que se elimina.

Y se tiene en su lugar y además presente:

PRIMERO: Que conforme al mérito del proceso ha quedado asentado que el medicamento GEMZAR, compuesto gemcitabina, fue prescrito por el médico de la recurrente, la Dra. Blanchard y el equipo médico oncológico del Hospital de La Serena, atendido el estado de salud de la actora y la evolución de su enfermedad; y que además dicho medicamento jamás le fue otorgado por el Hospital San Juan de Dios de La Serena, el que sí cumplió con la entrega de drogas antineoplásicas que las Guías Clínicas del Ministerio de Salud recomiendan para el tratamiento que requiere, de acuerdo a las prescripciones de sus médicos tratantes.

SEGUNDO: Que se ha discutido por esta vía cautelar la pertinencia y eficacia del uso del medicamento GEMZAR y su compuesto Gemcitabina en el tratamiento médico de la actora, sin haberse arribado a un consenso sobre tales materias.

TERCERO: Que la prescripción del referido medicamento ha obedecido a que las drogas que se le han suministrado a la paciente no sólo no han sido eficaces para el tratamiento del cáncer ovárico que la aqueja, sino que además la actora ha presentado reacción alérgica al carboplatino y que el tumor es resistente al platino, lo que se desprende de las anotaciones practicadas en la ficha clínica que se acompañó a estos antecedentes.

Las recurridas han informado que el compuesto gemcitabina sólo se encuentra considerado en el Programa Nacional de Drogas Antineoplásicas del Adulto del Ministerio de Salud para el tratamiento del cáncer de mama metastático y no para el ovárico, omisión que explican por la falta de evidencia científica sobre la procedencia de su utilización. Sin embargo, el Memorándum N° 104 del Servicio de Salud de Coquimbo que suscribe el Dr. Patricio Huidobro, Médico Jefe de la Unidad de Oncología del Hospital de La Serena, que se lee a fojas 53, da cuenta de que en la literatura internacional su aplicación sí está considerada, entre otras, para el cáncer epitelial de ovario.

CUARTO: Que con posterioridad a la dictación del fallo en alzada la recurrida acompañó un informe, a fojas 69, emitido el 12 de noviembre último y suscrito por el médico tratante de la actora, Dra. Ninette Blanchard y el Médico Jefe de la Unidad de Oncología del Hospital de La Serena, Dr. Patricio Huidobro, donde se expone una mejoría de salud de la actora, según una nueva evaluación médica a la que se sometió en el Hospital de la Universidad Católica el 31 de agosto de 2010, por lo que el equipo médico del Hospital San Juan de Dios de La Serena ha concluido que “administrar quimioterapia empeoraría su calidad de vida”. Por su parte, la recurrente agregó, de fojas 87 a 90, exámenes e informes médicos referidos a la evolución de la enfermedad, entre los cuales se contiene el resultado de una ecografía practicada el 8 de noviembre último que da cuenta de una progresión de los signos de una carcinomatosis peritoneal en comparación al examen practicado el 31 de agosto de 2010.

QUINTO: Que, en conclusión, es incuestionable que el tratamiento suministrado a la actora conforme a los Protocolos y Guías Médicas del Ministerio de Salud no ha impedido la progresión del cáncer de que padece y el agravamiento de su condición de salud, lo que hace razonable el planteamiento de suministrarle, en el caso específico de que se trata, el medicamento solicitado.

Y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de diez de noviembre último, escrita a fojas 59 y siguientes.

Regístrese y devuélvase con su agregado.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.

Rol Nº 8.902-2010. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz. No firman, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo los Ministro señora Araneda y señor Brito por estar en comisión de servicios la primera y con permiso el segundo. Santiago, 26 de enero de 2011.

Autorizada por la Ministro de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintiséis de enero de dos mil once, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

CHILE- Sentencia 2

CORTE DE APELACIONES

San Miguel, veinte de enero de dos mil once.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que a fojas 3, con fecha 15 de diciembre de 2010, comparece doña Patricia de Jesús Zúñiga Gutiérrez, C.I. N°6.135.802-1, chilena, domiciliada en calle Agustinas 1419, segundo piso, Santiago centro, quien viene en interponer recurso de protección a favor de los internos del C.D.P. de San Miguel : JOSE OLIVARES RAMIREZ, VICTOR PINO GARRIDO, FELIPE TORRES MANCILLA, GASTON TORRES MANCILLA, TRISTAN FUENTES ORELLANA, ERICK PEÑA PRADENAS, ALEJANDRO HERRERA FUENTES, JULIO GARRIDO GUERRERO, EDUARDO ALVAREZ BECERRA, HERNAN MIGUEL FIGUEROA FLORES, KING TORRES POBLETE, FREDDY ALFREDO GORIGITIA IBAÑEZ, CARLOS BIZAMA KLIBS, DAVID ELIAS FUENTES SAAVEDRA, ISRAEL GACITUA LEON, HUGO MADARIAGA BRAVO, GUILLERMO CARTES CASTILLO, LUIS SEGUEL PEREZ, LUIS ZAMORA ZUÑIGA, CESAR RIVEROS CONSTANZO, RODRIGO JARAMILLO SEAZ, JORGE JESUS ESPINOZA BRAVO, JONNY ABARCA GUZMAN, ARTURO LEON CAMPO, CAMILO HENRIQUEZ SILVA, JORGE IBARRA AHUMADA, CRISTOPHER RAMOS GARRIDO, JORGE MIGUEL VALENZUELA DONOSO, EDUARDO ANTONIO ZEPEDA ARANCIBIA, MAURICIO BASTIAS CELIS, JOSE LUIS AMESTICA MANCILLA, ROBERTO BIGLIA URIBE, JOSE GARCIA-HUIDOBRO SOTO, LUIS VERGARA MOLINA, JAIME GRIÑON MIRANDA, WILIAN ANDRES OLMEDO GONZALEZ, GUILLERMO VERGARA ROMERO Y JONATHAN ANDRES ROMERO NUÑEZ, en contra del Director Nacional de Gendarmería, don Luis Antonio Masferrer Farías o quien lo subrogue, domiciliado para estos efectos en calle Rosas N°1264, comuna y ciudad de Santiago, buscando la cautela de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 n°1, 2, 9 y 14 de la Constitución Política de la República.

Fundando la acción expresa que el 8 de diciembre del año 2010, alrededor de las 04:50 horas A.M., en el Centro de Detención Preventiva de San Miguel, ubicado en calle San Francisco n°4756, de la comuna de San Miguel, se produjo un incendio en el cual fallecieron 81 internos, resultando heridos, con quemaduras graves en su cuerpo y vías respiratorias, y afectados psicológicamente los demás internos del establecimiento penal; señala que los propios internos de la torre cinco, cuarto piso, sector norte relatan que los gendarmes, ese días, se burlaban de los reclusos gritando frases tales como “qué bueno que se mueran, es lo que se merecen” y otros improperios descalificadores, humillantes e indignos, responsabilizando al capitán Calfukil y al teniente González de estas conductas.

Agrega que en el caso del interno Camilo Henríquez Silva –recluido en el sector antes aludido- sufrió quemaduras en su rostro, frente, espalda, quedando incluso marcados en su brazo los barrotes al tratar de escapar del lugar donde se encontraba y sólo después de treinta minutos fue rescatado por bomberos y trasladado de urgencia al Hospital del Salvador, donde permaneció hospitalizado tres días al cabo de los cuales regresó al establecimiento penal donde continúa su tratamiento con inhaladores y curaciones periódicas en el tercer piso de la misma torre en condiciones de extremo hacinamiento.

Por otra parte indica que Luis Zamora Zúñiga sufrió quemaduras en sus vías respiratorias, brazo izquierdo, rostro y cuerpo pero que Gendarmería estimó que no era necesario trasladarlo a

un centro asistencial y se le dejó, junto a otros internos en el gimnasio del centro de detención. El mismo caso ocurrió con Jorge Valenzuela Donoso, uno de los sobrevivientes de la torre cinco, piso cuarto, sector sur, quien sufrió quemaduras en sus vías respiratorias y, además, padece de una parálisis facial derecha al escapar por una abertura de 50 centímetros de la puerta; la recurrente refiere que actualmente se encuentra, con alucinaciones, llanto incontrolado y no quiere hablar con persona alguna.

Expresa que el 10 de diciembre de 2010, a las 19:00 horas aproximadamente, fuerza especiales de Gendarmería de Chile, ingresaron a la torre tres, sector sur, con extrema violencia, agrediendo con balines y bombas dispersantes a los internos, a fin de obligarlos al traslado a otros centros penitenciarios.

Indica que la población de reclusos se encuentra atemorizada y a su respecto se han vulnerado los derechos fundamentales que se han indicado porque son objeto de constantes apremios ilegítimos ya que son allanados, amedrentados y vejados, en su contra se disparan balines y otros elementos disuasivos, no se ha velado por la protección de su salud ni su recuperación, tampoco por su rehabilitación, se los mantiene en condiciones indignas infringiendo el artículo 19 n°1, inciso cuarto, n°2, 9 y 14 de la Carta Fundamental. Invoca, además, en sustento de sus alegaciones, lo dispuesto en los artículos 1, 5, 7 y 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pide, finalmente, que acogiendo el recurso, se disponga que los internos por quien se recurre, **sean atendidos por especialistas y el cese inmediato de todo apremio ilegítimo.**

Segundo: Que a fojas 14 se concedió orden de no innovar en el sentido que los internos que se encontraban en un recinto hospitalario a esa fecha, se mantendrían en él mientras no existiera una indicación médica diversa y específica y quienes se encontraban en el Centro de Detención Preventiva aludido no serían trasladados a otros establecimientos penales mientras se tramitara el recurso.

Tercero: Que a fojas 19, informa Gendarmería de Chile señalando que el día 08 de diciembre, a las 05:47 horas aproximadamente, el jefe nocturno del CDP San Miguel recibió un llamado radial desde el puesto N° 3 que informaba sobre un foco de incendio originado en la cruceta N° 5, sector 4 norte y 4 sur, dando cuenta a su vez de una riña generalizada con armas blancas, debido a lo anterior concurre al lugar del siniestro personal tanto de la guardia armada como interna activándose el plan de contingencia para este tipo de eventos críticos.

Añade que al lugar concurrió el Cuerpo de Bomberos con el fin de controlar el siniestro y apoyar al personal institucional, quienes provistos de extintores y red húmeda disponible, intentaban controlar el fuego que emanaba desde el dormitorio 4 sur, para abrir los accesos a ambos dormitorios y evacuar a los internos con la mayor celeridad posible, junto al personal de Bomberos se logró abrir uno de los candados de acceso al dormitorio lo que permitió ejercer presión y abrir la parte inferior de la reja, permitiendo rescatar con vida a 5 internos, y conforme a lo señalado por los funcionarios que participaron en el procedimiento, fue imposible rescatar a los demás reclusos de esa dependencia toda vez que se habían replegado al fondo del dormitorio y al interior de los baños.

Agrega que al mismo tiempo se lograba abrir el acceso al dormitorio 4 norte evacuando a 60 reclusos, quienes presentaban indicios de asfixia en distintos grados, debiendo algunos de ellos ser ayudados por funcionarios de Gendarmería, siendo derivados 8 lesionados a la enfermería del establecimiento penitenciario y 15 a diversos centros asistenciales externos, de acuerdo a

evaluación del personal del área de salud del recinto penal. Hace presente que no se logró acceder de inmediato al interior de ambos dormitorios por las elevadas temperaturas y humo existente que afectaba tanto al personal institucional como a bomberos y los funcionarios de Gendarmería de Chile actuaron con todos los medios disponibles para sofocar el fuego con la mayor rapidez y así poder acceder a las dependencias con el fin de rescatar a la mayor cantidad de internos heridos. Simultáneamente se desalojaba hasta el patio de la cruceta N° 5 a los internos de los pisos inferiores. Una vez controlado el fuego, se adoptó el procedimiento al interior de los dormitorios 4 norte y 4 sur, constatando la existencia de 81 internos fallecidos, de los cuales 66 eran habitantes del sector sur y 15 del sector norte, también fueron trasladados 13 internos a centros hospitalarios externos por cuanto presentaban diversas dolencias como consecuencia de la intoxicación sufrida por inhalación de monóxido de carbono. De los recurrentes, sólo Jorge Espinoza fue derivado al Hospital El Salvador, otros 10 internos fueron trasladados a la enfermería del CDP San Miguel por presentar dolencias por principio de asfixia de carácter leve, entre los cuales están 6 de los recurrentes: Carlos Bizama, Arturo León, Jorge Ibarra, Mauricio Bastias, José Améstica y García-Huidobro.

Sostiene que de conformidad a la normativa vigente se denunció el hecho al Fiscal de turno de la Fiscalía Metropolitana Sur, Sr. Sergio Sepúlveda Dentone quien dispuso que se confeccionara el respectivo parte denuncia, aislar el sitio del suceso y solicitar la presencia de la Brigada de Homicidios de la Policía de Investigaciones de Chile.

Indica que como consecuencia de la tragedia, 11 funcionarios de Gendarmería fueron derivados al hospital de Carabineros por diversas situaciones como quemaduras, obstrucción bronquial y crisis de angustia, a 6 funcionarios se les concedió licencia médica, otros 10 recibieron atención psiquiátrica y a 6 se les prescribió tratamiento medicamentoso, principalmente por crisis de angustia.

En relación a los derechos supuestamente vulnerados, expresa que con motivo de los hechos antes reseñados sólo uno de los recurrentes fue derivado el día del siniestro al Hospital El Salvador por presentar dolencias a consecuencia de la intoxicación por monóxido de carbono y el resto de los recurrentes ha recibido el tratamiento médico que les corresponde según las dolencias y patologías que los afectan, lo que queda de manifiesto en los informes médicos extendidos por el médico cirujano Ángel Inca Tapia, con fecha 24 de diciembre de 2010, que acompaña al informe y que detalla.

Respecto a los dos internos mencionados en el recurso que no habrían recibido atención, señala que de acuerdo al informe médico de fecha 24 de diciembre de 2010, su estado de salud es el siguiente: Luis Zamora Zúñiga, presenta quemadura A antigua en brazo izquierdo en regresión y Jorge Valenzuela Donoso, estado actual de salud persiste trastorno del sueño, se derivará a control médico psiquiatra.

Agrega el recurrido que la institución ha desarrollado una serie de acciones con el objeto de brindar atención psico-social especial a los internos del CDP San Miguel debido a los hechos acontecidos el día 08 de diciembre de 2010, focalizadas en dos objetivos fundamentales: 1.- Informar a los familiares de los internos fallecidos y atender situación, asegurando servicios funerarios y sepultura y 2.- otorgar contención emocional y desarrollar procesos de intervención en crisis a los internos que eran habitantes del sector siniestrado y en general a todos aquellos que lo demandaran, para lograr lo anterior se ha dispuesto los recursos humanos y financieros de la institución y también se ha recibido ayuda de instituciones públicas y privadas. Para el cumplimiento de esos objetivos se ha dispuesto de recursos tanto humanos como financieros de la

institución, se ha recibido apoyo de la Intendencia Regional Metropolitana, la Secretaría Regional Ministerial de Planificación, Hogar de Cristo e Iglesias Evangélicas.

En lo concerniente a las actividades específicas desarrolladas por Gendarmería de Chile relativas a procesos de intervención en crisis, menciona un plan de contingencia confeccionado por el área técnica del CDP San Miguel que comprende cuatro ámbitos, todo lo cual contribuye a mejorar el clima y la calidad de vida actual de la población penal y los gendarmes, a saber: 1.1- apoyo asistencial de contención y acompañamiento: los días 8 y 9 se tomó contacto con los familiares de los sobrevivientes de la cruceta cinco, se coordinó su visita la que se llevó a cabo los días 9 y 10 de diciembre pasado y para el mes de enero de 2011 se coordinó con la Corporación Target, Enlace y Conace Previene de San Miguel, la realización de programas de desarrollo personal en situaciones de crisis para la totalidad de los internos sobrevivientes de la mencionada cruceta. 1.2.- cubrir las necesidades materiales especialmente las relacionadas con el aseo personal. 1.3.- entregar un espacio de actividades de esparcimiento deportivo (campeonatos), recreativo-cultural (un evento por mes en período estival), celebrando festividades significativas al término del año, especialmente navidad. 1.4.- autocuidado del personal del C.D.P. de San Miguel.

También se refiere a la conformación de un equipo de apoyo coordinado por el Área Técnica Regional con dos etapas, la primera consistente en entrevistas de evaluación diagnóstica y la segunda de apoyo psicológico grupal, que pretenden una evaluación diagnóstica y una intervención en crisis a aquellos internos afectados psicológicamente por el siniestro.

Expresa que a partir del día 16 de diciembre dos psiquiatras de la Unidad de Atención Médica comenzaron a realizar acciones de intervención más especializada frente a casos más complejos y prescripción de terapia farmacológica.

Concluye el recorrido que de acuerdo a lo antes reseñado ha quedado demostrado que el actuar de Gendarmería de Chile no ha sido negligente, ni menos carente de empatía, por cuanto se han desplegado todos los esfuerzos posibles para brindar apoyo médico, psicológico y social a los internos, así como también a los familiares de los internos fallecidos.

En relación a la supuesta vulneración del derecho a la protección de la salud, señala el informante que la protección a este derecho está restringida al inciso final de dicho número, esto es “el derecho a la libre elección del sistema de salud” al cual desee acogerse una persona, sea estatal o privado, de modo que en ningún caso Gendarmería actuó amenazando, perturbando o privando de este derecho a los protegidos. En cuanto a la supuesta violación a la integridad física de los habitantes de la cruceta N° 3 ocurrida el 10 de diciembre del 2010, explica que el jueves 9 de diciembre pasado, un grupo de habitantes de la cruceta n°3, que ese día albergaba a 483 internos, al momento de efectuarse la cuenta y encierro de la población penal, se negó a ingresar a las dependencias como una forma de presionar a la administración penitenciaria a fin de que se dejara sin efecto las sanciones impuestas a once reclusos—internación en celda solitaria por infracciones graves al régimen interno-, a lo que se accedió. El 10 de diciembre, el mismo grupo, adoptó la misma conducta con el objeto de obtener que se dejara sin efecto la sanción de privación de visitas por un mes a quienes habían sido sorprendidos con teléfonos celulares, a lo que también se accedió. Por información obtenida de la misma población penal, se tenía conocimiento que los internos pretendían generar un conflicto mayor para lograr ciertas reivindicaciones tales como el “indulto bicentenario”, flexibilidad en las exigencias para obtener permisos de salidas, obtención de libertad condicional y rebaja de condena y que las medidas de presión irían en aumento, disponiéndose ahora a inferir heridas corto punzantes a los reclusos más débiles. Por todo lo anterior, se tomó la decisión de trasladar a los internos sindicados como líderes y de esta forma

evitar que se produjeran esas agresiones; los internos se opusieron al procedimiento bloqueando las rejas de acceso a los dormitorios y una vez en el sector de contención (gimnasio), los reclusos adoptaron una actitud desafiante destruyendo una reja lateral, debiendo el personal institucional utilizar elementos disuasivos a fin de controlar la situación. En este contexto fueron trasladados 35 reclusos al establecimiento penitenciario concesionado de Rancagua y como consecuencia del procedimiento, 19 reclusos resultaron con contusiones según consta en certificados de salud extendido por personal paramédico y de acuerdo a detalle que se acompaña.

Indica que en ningún caso el actuar de Gendarmería fue irracional ni extremadamente violento como sostiene el recurrente, sino que efectuó su labor de conformidad a los procedimientos previamente establecidos y con personal de la Unidad de Servicios Especiales Penitenciarios, quienes cuentan con la experiencia en este tipo de acciones.

En cuanto a la vulneración al derecho de la igualdad ante la ley, los protegidos han sido tratados de igual forma que el resto de la población penal que sufrió algún daño físico o psíquico como consecuencia del incendio, brindándoles atención médica para salvaguardar su integridad física y psíquica.

En relación a los allanamientos señala que de los protegidos, 37 se encuentran en la cruceta N° 5, la cual no fue intervenida el día 10 de diciembre y solo uno, a saber Guillermo Vergara, se encuentra recluido en la cruceta N° 3 y en declaración prestada a funcionarios de Gendarmería de Chile manifiesta que en ningún caso se vio afectado por los sucesos acontecidos.

Respecto a la supuesta vulneración al derecho a presentar peticiones a la autoridad, indica que el recurrente no fundamenta la supuesta vulneración y de acuerdo a las declaraciones prestadas por los protegidos con fecha 20 de diciembre de 2010, éstos no tienen reclamo alguno en contra de Gendarmería así como tampoco realizan peticiones a la administración penitenciaria, salvo algunos casos en que manifestaron su intención de recibir atención médica y/o psicológica, que está siendo canalizada según corresponda, señalando en definitiva que se encuentran bien en las dependencias que habitan actualmente.

Cuarto: Que el demandante acompañó sólo la lista de los internos por quien se recurre y Gendarmería de Chile acompañó ficha única de condenado de los 38 protegidos, Copia de Oficio Reservado N° 1311, de fecha 24 de diciembre, del Alcaide del C.D.P San Miguel, Copia informe médico de los protegidos, Copia declaración de los 38 internos, Copia de los certificados de salud de los 19 internos, habitantes de la cruceta N° 3, que resultaron con contusiones el 10 de diciembre de 2010, Copia Of. Ord. N° 9610, de fecha 28 de diciembre, del Director Regional Metropolitano y copia Of. Reservado N° 3647, de fecha 31 de diciembre de 2010, del Jefe del Departamento de Seguridad. Encontrándose la causa en estados a fojas 36 se trajeron estos autos en relación.

Quinto: Que como ha sostenido en forma reiterada la Excm. Corte Suprema, “la acción de amparo constitucional procede al existir un acto u omisión arbitrario o ilegal, esto es, carente de fundamento racional o contrario a la ley”.

“Otro requisito exigido para su procedencia estriba en una conculcación de determinados derechos fundamentales que se busca proteger por esta vía, suficiente para provocar la actividad jurisdiccional, que se traducirá en la adopción de medidas destinadas a restablecer el imperio de esos derechos amagados o perturbados en su legítimo ejercicio y a dispensar protección a la persona agraviada.”

“De este modo, si dicha afectación o conculcación de derechos no existe, en una relación causa-efecto con los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que se denuncian, o bien la Corte no se encuentra en situación de adoptar medida alguna para los efectos antes indicados, el recurso carecerá de su objetivo.” (Ingreso Corte Suprema n°1827-2010, entre otros.)

Sexto: Que como primera cuestión debe decirse que el presente recurso no puede prosperar en cuanto por él se busca la protección de derechos que no están amparados por el artículo 20 de la Carta Fundamental, cuales son los establecidos en los numerales 9 y 14 del artículo 19 de ese Estatuto Político.

Séptimo: Que en lo que hace a la denuncia de apremios ilegítimos acontecidos con motivo del incendio acaecido en el Centro de Detención Preventivo de San Miguel el 8 de diciembre recién pasado y de las presiones ejercidas por los internos con posterioridad, tampoco el recurso puede prosperar desde que los antecedentes aportados, apreciados de conformidad con las reglas de la sana crítica, no se encuentra acreditado su fundamento.

Sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público estos antecedentes para los fines a que haya lugar.

Octavo: Que de los antecedentes, debidamente ponderados, se desprende que las medidas a que se refiere Gendarmería de Chile se adoptaron con motivo de este recurso, las mismas han sido ocasionales y no aparecen razonablemente justificadas en cuanto a su entidad, de modo que devienen en arbitrarias.

Noveno: Que tal conducta, en la forma en que se ha desplegado, vulnera los derechos fundamentales consagrados en los numerales 1 y 2 del artículo 19 de la Constitución Política por cuanto no se ha resguardado debidamente la integridad física o psíquica de los reclusos en cuyo favor se recurre, deber que Gendarmería de Chile debe cumplir respecto de todos los internos bajo su vigilancia, sin discriminación alguna, especialmente los afectados.

Décimo: Que en razón de lo antes señalado, la presente acción de tutela de derechos fundamentales debe ser acogida en la parte que se viene analizando.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, **SE ACOGE** el recurso de protección deducido en lo principal de la presentación de fojas 3, **sólo en cuanto** se dispone que Gendarmería de Chile deberá proporcionar a los internos por quienes se recurre – individualizados en el libelo – la atención médica y psicológica y/o psiquiátrica que requieran como asimismo brindarle en forma oportuna y por el tiempo que sea necesario, con la debida periodicidad, los tratamientos de esa naturaleza y que la autoridad médica prescribe.

Asimismo, remítanse compulsas de estos antecedentes al Ministerio Público para los efectos que haya lugar.

Redacción de la Ministro señora Sylvia Pizarro Barahona.

Regístrese, comuníquese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

N° 303-2010 – PROT.

Pronunciado por los Ministros de la Cuarta Sala Sr. Ricardo Blanco Herrera, Sra. Sylvia Pizarro Barahona y Abogado Integrante Sr. Héctor Palacios Greene.

Se deja constancia que no firma el abogado integrante señor Héctor Palacios Greene no obstante haber concurrido a la vista de la causa y fallo, por encontrarse ausente.

San Miguel, veinte de enero de dos mil once, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

CORTE SUPREMA

Recurso 1122/2011

Santiago, veintiuno de abril de dos mil once.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada.

Y se tiene además presente:

Que en el presente caso no aparece que las medidas adoptadas por la recurrida hayan excedido sus facultades. No obstante, según los documentos agregados de fs. 19 a 36 y lo señalado en el informe de los recurridos, en el procedimiento de 10 de diciembre de 2010 resultaron con lesiones diversas 19 internos. En consecuencia es claro que éstos han visto afectada su integridad física y, hasta ahora no se ha acreditado por la recurrida que hubiere adoptado las medidas encaminadas a la protección e información a sus familiares, lo que constituye una omisión arbitraria que vulnera la garantía que reconoce el numeral 1° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de veinte de enero pasado, escrita a fs. 43.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N°1122-2011.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sr. Haroldo Brito y los Abogados Integrantes Sr. Benito Mauriz y Sr. Ricardo Peralta. Santiago, 21 de abril de 2011.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintiuno de abril de dos mil once, notifiqué en Secretaria por el Estado Diario la resolución precedente.

CHILE- Sentencia 3

CORTE DE APELACIONES

Valdivia, veinte de agosto de dos mil diez.

VISTOS y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que a fojas 36 don Wilson Alexis Mella Valenzuela, chileno, estudiante, domiciliado en calle Laguna Mansa N° 2036, Jardín Austral de la ciudad de Puerto Montt, interpone recurso de protección en contra de la Universidad Austral de Chile, y especialmente en contra de su rector Sr. Víctor Cubillos Godoy y Sr. Carlos Carnevali Dickinson, Secretario General de la misma casa de estudios, ambos domiciliados en calle Independencia N° 641 de la ciudad de Valdivia, por infracción a lo establecido en el artículo 19 N° 3, inciso 4, N° 4 y N° 24, todos de la Constitución Política de la República.

Indica ser alumno de la Universidad Austral de Chile, sede Puerto Montt, cursando Cuarto Año de la carrera de Tecnología Médica mención Oftalmología, desde el año 2005 a la fecha, y que no obstante ello, producto de una serie de reclamos administrativos que desde hace varios años ha efectuado a las instancias académicas correspondientes, derivados a su vez de una serie de irregularidades en cuanto a corrección de los procedimientos evaluatorios, falta de horas académicas en malla curricular, evaluaciones mal realizadas, calificación profesional de los docentes, entre otras, y que nunca fueron resueltas bajo aspecto alguno, se generó en torno a él una serie de animadversiones que finalmente terminaron el día 1° de Julio de 2010, fecha en que fue notificado de la Resolución N° 271, mediante la cual se le extramatriculaba de su cerrera argumentando: “por haber sido condenado mientras mantenía la calidad de estudiante de la Corporación como cómplice de aborto consumado”.

Hace presente que la Universidad presentó una denuncia ante el Ministerio Público por el delito de amenaza, acción que hoy es conocida por la Fiscalía Local de Puerto Montt bajo el RUC N° 1000428973-6 y la Universidad obtuvo vulnerando los objetivos de la ley N° 18.216, en especial su artículo 29, copia de sus antecedentes penales que posee la fiscalía para efectos de la investigación, los que finalmente fueron utilizados como fundamento para extramaticularlo.

Reconoce que fue condenado como cómplice de los delitos de aborto consumado el año 2008 y 2009, penas que cumplió íntegramente, siendo hechos que eran plenamente conocidos por la Universidad, que lo autorizó expresamente a la postergación de evaluaciones en una de las asignaturas por tener que realizar trámites judiciales en la ciudad de Antofagasta, autorizándolo incluso para nuevas matrículas en los periodos posteriores, y encontrándose matriculado como alumno regular para el presente año 2010, recibiendo la casa de estudios recurrida los pagos de las mensualidades y derechos de matrícula por ello.

Sostiene que los antecedentes que sirvieron de fundamento para su expulsión ocurrieron los años 2008 y 2009, pudiendo posteriormente mantener y renovar su matrícula para el periodo posterior, obviando lo expresamente establecido en el artículo 15 inciso 2° del Reglamento de Derechos y Deberes de los Estudiantes de la Universidad Austral de Chile, que dispone que la extramatriculación debe ser inmediata y no uno o dos años después de los hechos y luego de haber autorizado nueva matrícula para periodos posteriores a la ocurrencia de los mismos y haber cobrado por estos, de lo que se sigue que su actuar ha vulnerado el derecho a un debido proceso, establecido en el artículo 19 N° 3 inciso 4 de nuestra Carta Fundamental, garantía que no se

encuentra reconocida exclusivamente en el ámbito jurisdiccional sino también resulta aplicable en los actos administrativos. Ha vulnerado la garantía establecida en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política, que es el derecho y protección a la honra de la persona, al haber obtenido sus antecedentes penales desde el Ministerio Público. Y también ha conculcado su derecho de propiedad establecido en el artículo 19 N° 24 de la Constitución, al haber adoptado de manera unilateral la decisión de cesarle en su condición de alumno regular, calidad sobre la cual posee un derecho incorporal, antecedentes y argumentos todos por los cuales, pide en definitiva se acoja el recurso, disponiendo el cese por parte de los recurridos de todos los actos destinados a impedir su legítimo desempeño como alumno regular de Cuarto Año de la carrera de Tecnología Médica mención Oftalmología, sede Puerto Montt; se siga un procedimiento regular y formal como lo dispone el Reglamento de Derechos y Deberes de los Estudiantes, otorgándole el derecho a una adecuada defensa con pronunciamiento sobre los hechos del Consejo Académico, y se deje sin efecto todo acto de comunicación sea al interior de la Universidad o con otros órganos relacionados destinados a informar anticipadamente su extramatriculación, con expresa condenación en costas.

SEGUNDO: Que a fojas 153 don Patricio Sanguinetti Altamirano, abogado, en representación de la Universidad Austral de Chile, ambos domiciliados para estos efectos en calle Independencia N° 641 de la ciudad de Valdivia, informando el recurso indica que en el marco de la investigación de una denuncia presentada al Ministerio Público en contra del recurrente por el delito de amenazas, se tomó conocimiento que el estudiante recurrente registraba dos condenas como cómplice del delito de aborto consumado, por lo que la Dirección Jurídica de la Universidad el día 27 de Mayo de 2010 envía los antecedentes a la Vicerrectoría Académica para que se disponga la extramatriculación del recurrente de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 15 del Reglamento de Derechos y Deberes de los Estudiantes de la Universidad Austral de Chile, y es así como en la sesión del Consejo Académico de fecha 30 de Junio de 2010, se discute el caso acordándose por parte del Consejo no oponerse a la extramatriculación, dictándose con fecha 1° de Julio de 2010 la Resolución N° 271 que dispone fundadamente la sanción y la comunicación de ésta a las unidades pertinentes.

Expresa que el recurso adolece de una falta de claridad absoluta respecto de la persona que estaría vulnerando las garantías constitucionales invocadas, y por tanto contra quién se estaría recurriendo; que tampoco señala cuál sería el acto u omisión que supuestamente tiene un carácter ilegal o arbitrario, apareciendo en algún momento identificada la Resolución de Rectoría N° 271. Respecto a la vulneración de garantías constitucionales, a saber la del artículo 19 N° 3 inciso 4 de la Constitución Política del Estado, no resulta aplicable a los hechos relatados por el recurrente puesto que la labor jurisdiccional fue realizada por los Tribunales de Justicia competentes, quienes determinaron la responsabilidad penal del estudiante, la aplicación de su pena, y que conllevaron finalmente a su extramatriculación, condenas que nunca estuvieron en conocimiento de la casa de estudios recurrida. En lo referente a la vulneración del artículo 19 N° 4 de nuestra Carta Fundamental, no identifica el recurrente donde estaría la vulneración, puesto que no se ha efectuado comentario alguno al respecto, siendo el propio estudiante quien ha hecho pública esta situación. Y en lo que atañe a la vulneración del artículo 19 N° 24, indica que tanto la doctrina como la jurisprudencia rechazan la utilización de esta teoría para justificar un supuesto derecho de propiedad sobre el cargo o función en los términos que invoca el recurrente, razones por las cuales solicita en definitiva se rechace el recurso deducido en su contra.

TERCERO: Que en apoyo y prueba de los fundamentos de su recurso el actor acompañó copia de la Resolución N° 271 de fecha 1° de Julio de 2010 firmada por los recurridos; Copia de Comunicación Interna N° 210 de fecha 27 de mayo de 2010 dictada por la Asesora Jurídica de la

Universidad Austral; Copia de su extracto de filiación y antecedentes; Copia del Reglamento de Derechos Y Deberes de Estudiantes de la Universidad Austral de Chile; Copia impresa Portal info – alumnos Uach donde constaría autorización otorgada para la postergación de evaluaciones por trámites judiciales; Comprobante de pago de derechos de matrícula y aranceles correspondientes al año 2010; Copia autorizada certificado médico extendido por el Psiquiatra René de la Barra que da cuenta de su situación de salud; Copia de carta entregada al Rector de la Universidad; Copia de la pestaña ficha personal del Portal Info-alumnos Uach; Copia de la pestaña ficha info-alumnos Uach de alumno Mauricio Hernán Rehbein Morales; Copia de pagos de arriendo casa habitación en la ciudad de Puerto Montt; Copia de cartola portal info-alumnos Uach de deuda primer y segundo semestre año 2010; Comprobante de recaudación del Departamento Tesorería Uach de fecha 13 de julio de 2010; Comprobantes de recaudación extendidos por la Universidad Austral ambos de fechas 6 de agosto de 2010; Copias de pasantías oftalmológicas del segundo semestre de 2010, y; Copia de calendarización de los programas académicos año 2009.

CUARTO: Que por su parte el recurrido en igual sentido aparejó a los autos Comunicación Interna N° 210 de fecha 27 de mayo de 2010 que acompaña antecedentes académicos y penales del recurrente; Comunicación Interna N° 506 de fecha 8 de junio de 2010 del Vicerrector Académico al Secretario General; Acta de Sesión Extraordinaria de Consejo Académico de fecha 30 de junio de 2010; Resolución de rectoría N° 271 de fecha 1° de julio de 2010; Decreto de Rectoría N° 303 de fecha 21 de julio de 1989 que fija texto refundido del Reglamento sobre Derechos y Deberes de los Estudiantes; Decreto de rectoría N° 356 de fecha 30 de septiembre de 1998 que modifica Reglamento de Derechos y Deberes de los Estudiantes, y; Decreto de Rectoría N° 448 de fecha 11 de octubre de 2005 que modifica Reglamento de Derechos y Deberes de los Estudiantes.

QUINTO: Que para la procedencia de la acción de protección que contempla el artículo 20 de la Constitución Política de la República debe existir un acto u omisión arbitraria o ilegal que signifique una privación, una perturbación, o una amenaza en el legítimo ejercicio de alguno de los derechos constitucionales asegurados y garantidos por dicho cuerpo legal.

SEXTO: Que de los autos fluye con claridad que el acto denunciado como tal es aquel rolante a fojas 1, Resolución N° 271 de fecha 1° de julio último, por medio de la cual se procede a la exmatriculación del recurrente.

Luego, para calificar dicha resolución administrativa como arbitraria, implícitamente debe sostenerse la carencia de razonabilidad en el actuar, falta de proporción entre los motivos y la finalidad que alcanza, es decir, ausencia de fundamentación. Y para estimarlo ilegal, debe darse contrario a ley, un exceso en el ejercicio de las potestades jurídicas que se detentan.

SÉPTIMO: Que así conceptualizado el asunto, y del mérito de los antecedentes aportados por ambas partes, no se advierte el haber incurrido la recurrida en un acto que reúna tales caracteres, desde que la adopción de la decisión tomada por la Universidad y plasmada en la resolución atacada, tanto se ha fundado en norma expresa que prevé la exmatriculación, como ha sido precedida del procedimiento previsto por el mismo reglamento para el caso en cuestión.

En efecto, el artículo 15 inciso 2° del Reglamento de Deberes y Derechos de los Estudiantes de la Universidad Austral de Chile, invocado y acompañado por ambas partes indica que si un alumno es condenado por la comisión de un crimen o simple delito, sea en calidad de autor, cómplice o encubridor, en virtud de una sentencia firme y ejecutoriada por tribunal

competente, queda de inmediato exmatriculado, salvo que el Consejo Académico por resolución fundada determine lo contrario.

Así, y reconociendo el recurrente en su libelo la concurrencia del núcleo factico que comprende la norma -condena por simple delito firme y ejecutoriada- clara resulta la razón en la determinación de aplicación de la sanción prevista, y no sesgadamente como se sostiene, pues pese a obviarse mención al respecto en el recurso, consta igualmente adjuntado a fojas 130 Acta de Sesión Extraordinaria del Consejo Académico de fecha 30 de junio de 2010, es decir, en forma previa a la resolución de exmatriculación, donde se procede a discutir el caso y se acuerda por unanimidad no rechazar la misma, cual es precisamente el sabido procedimiento aplicable en la especie, según puede concluirse también de la lectura del artículo 18 del mismo reglamento.

Y ni aún puede estimarse ilegal por la forma de haber tomado conocimiento la Universidad de los antecedentes penales del alumno, como quiera que siendo interviniente en un proceso penal puede tomar perfecto y legal conocimiento de las piezas pertinentes de la carpeta investigativa del Ministerio Público.

OCTAVO: Que de acuerdo a lo expuesto se concluye la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad en la resolución impugnada, por lo que aún cuando pueda verse privado, perturbado o amenazado en sus derechos el actor, indudablemente ello pierde trascendencia al haber precedido un acto motivado, razonado y ajustado a derecho de la recurrida.

Por estas consideraciones, y visto además lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación de los Recursos de Protección, se declara:

Que se **RECHAZA** el recurso de protección interpuesto a fojas 36 y siguientes de estos antecedentes.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro Sr. Patricio Ábrego Diamantti.

RoI N° 409 – 2010. CIV.

Pronunciada por la **SEGUNDA SALA**, por el Ministro Sr. PATRICIO ABREGO DIAMANTTI, Ministro Sr. DARÍO I. CARRETTA NAVEA, Ministra Srta. RUBY ALVEAR MIRANDA, quien no firma no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo por encontrarse con permiso. Autoriza la Secretaria Sra. ANA MARIA LEON ESPEJO.

Valdivia, veinte de agosto de dos mil diez notifiqué por el **ESTADO DIARIO** la resolución precedente

Certifico: Que con esta fecha se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil. Valdivia, 20 de agosto de 2010.

CORTE SUPREMA

Recurso 6391/2010

Santiago, veintisiete de octubre de dos mil diez.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada, con excepción de sus fundamentos sexto, séptimo y octavo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar presente:

Primero: Que por el presente recurso se pretende dejar sin efecto la decisión de las autoridades de la Universidad Austral de Chile, por medio de la cual se decidió la exmatriculación (expulsión) del alumno Wilson Alexis Mella Valenzuela.

Segundo: Que tal decisión fue adoptada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento de Derechos y Deberes de los Estudiantes, según el cual si un alumno es condenado por la comisión de un crimen o simple delito, sea en calidad de autor, cómplice o encubridor, en virtud de una sentencia firme y ejecutoriada dictada por Tribunal competente, queda de inmediato extramatriculado, salvo que el Consejo Académico, por resolución fundada, determine lo contrario.

Tercero: Que en el presente caso la medida de extramatriculación adoptada en contra del recurrente lo ha sido en virtud de un Reglamento que la estatuye como consecuencia de la condena que le fuera impuesta. Es decir, tal sanción sigue las condenas que se le han impuesto al recurrente por el tribunal Oral de Antofagasta y el Juzgado de Garantía de Quilpué, según da cuenta el documento de fs. 6, correspondientes a sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo y cuarenta días de prisión en su grado máximo, respectivamente.

Dicho de otro modo la pérdida de la calidad de alumno no se origina de algún "ilícito" propio de su condición de estudiante universitario, ni por algún hecho ejecutado al interior de la Universidad, contra personas o bienes de aquella.

Cuarto: Que tal obrar es arbitrario, carente de razón por irreflexivo, seguramente en el afán de separar a estudiantes que en concepto de la autoridad no pueden integrar la comunidad universitaria, para lo que fijan estándares de comportamiento.

Tal proceder contraría claramente una política criminal encaminada a la reinserción social, en la que especialmente existe preocupación por los jóvenes y primerizos. En efecto existen variadas instituciones alternativas al cumplimiento efectivo de las penas de encierro, y la experiencia indica que estos programas son exitosos en la medida que los sentenciados dispongan de posibilidades que los sustraigan de contactos criminógenos, entre ellos ciertamente la educación superior que los habilita para alcanzar autonomías.

A este respecto piénsese en los frecuentes casos de reclusos que prosiguen estudios.

Quinto: Que en tales circunstancias el acto impugnado es discriminatorio, pues excluye de la comunidad universitaria a un alumno que no ha desarrollado ninguna conducta que la lesione, sólo por habersele condenado en causa criminal, en circunstancias que en las mismas sentencias se le concedió beneficios encaminados a su reinserción, la que se torna incierta con la expulsión. Dicho

acto, entonces, vulnera la garantía de igualdad prevista en el numeral 2° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

De conformidad asimismo con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de veinte de agosto de dos mil diez, escrita a fojas 164 y se declara que **se acoge** el recurso de protección deducido en la comparecencia de fojas 36, y, en consecuencia, se deja sin efecto la Resolución 271 de 1 de julio pasado, emanada de don Víctor Cubillo Godoy, Rector de la Universidad Austral de Chile.

Acordada **con el voto en contra de los Ministros señor Carreño y señora Araneda**, quienes estuvieron por confirmar la sentencia apelada atendidos sus propios fundamentos.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 6391-2010. Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry, Sra. Sonia Araneda, Sr. Haroldo Brito y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos. Santiago, 27 de octubre de 2010.

Autorizada por la Secretaria subrogante de esta Corte Srta. Ruby Vanessa Sáez Landaur.

En Santiago, a veintisiete de octubre de dos mil diez, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

CHILE- Sentencia 4

Santiago, seis de agosto de dos mil diez.

VISTOS:

En ejercicio de la atribución conferida en los incisos primero, N° 7º, y duodécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República, en relación con lo dispuesto en el artículo 47 O de su Ley Orgánica Constitucional, N° 17.997, por resolución de 27 de abril de 2010, este Tribunal, de oficio, decidió iniciar el presente proceso a los efectos de examinar la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, previamente declarado inaplicable por sentencias roles 976, 1218, 1273 y 1287, en atención a que su aplicación en las gestiones judiciales pendientes en los primeros dos casos referidos resultaba contraria a los numerales 2º y 9º del artículo 19 de la Constitución Política, mientras que en los otros dos casos transgredía los numerales 2º, 9º y 18º del mismo precepto constitucional aludido.

A su vez, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 47 S de la citada Ley N° 17.997, la mencionada resolución que dispuso la apertura de estos autos se puso en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados en sus calidades de órganos constitucionales interesados.

I. OBSERVACIONES FORMULADAS POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA:

Mediante escrito de 20 de mayo de 2010 –fojas 56 a 174-, el señor Presidente de la República ha pedido a esta Magistratura tener presente las siguientes observaciones, respecto de la materia objeto de este proceso constitucional:

Como cuestiones de carácter general, la autoridad se refiere a la atribución otorgada a este Tribunal en el numeral 7º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental. Al tiempo de valorar dicha competencia como parte del perfeccionamiento de nuestro Estado de Derecho, la misma autoridad pública destaca su confianza en orden a que en este proceso se hará un ejercicio prudente de ella. En el mismo orden de consideraciones, el Jefe de Estado entiende que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal vigente, que podría ser el resultado del examen que se efectuará en este proceso, sería *“de cierta manera, la ultima ratio para lograr restablecer la armonía constitucional”*. A su vez, manifiesta su certeza en cuanto a que esta Magistratura Constitucional orientará su labor jurisdiccional en el *“valor superior”* de la seguridad jurídica y que, además, tendrá en consideración que, conforme a la normativa fundamental citada, la decisión que se adopte necesariamente se impondrá *“a lo resuelto por los poderes colegisladores, también en el ejercicio de sus potestades constitucionales”*.

El Ejecutivo solicita, por otra parte, atender a los criterios que este Tribunal Constitucional ha ido aplicando en diversas sentencias respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales, entre las cuales cita las recaídas en los procesos roles 43, 200, 226, 280, 513, 541, 546, 558 (590), 681, 792, 1173, 1254 y 1345. En particular, la autoridad apunta los siguientes: a) la inconstitucionalidad supone una comparación abstracta entre dos normas de distinto rango, sin referencia a una situación singular; b) imposibilidad de armonizar el precepto

legal impugnado con la Constitución Política; c) la decisión de declarar la inconstitucionalidad del precepto de que se trata no debe acarrear efectos aún más nocivos que los que produce la supervivencia del precepto cuestionado; y d) afectación del contenido esencial de los derechos involucrados como requisito necesario para la declaración de inconstitucionalidad.

Asimismo, en la presentación en comentario se hace alusión a criterios que habría elaborado el Tribunal Constitucional alemán para fundar la decisión de abstenerse de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, a los efectos de que sean también tenidos a la vista al adoptar la resolución en este caso. A saber: a) cuando se evita la creación de un vacío normativo; b) cuando la sentencia pueda incidir en la *“libertad de configuración normativa (Gestaltungsfreiheit) que corresponde al legislador”*; c) *“si la declaración de nulidad no es necesaria cuando se trata de corregir una omisión parcial del legislador”*; d) si *“la declaración de nulidad de la ley no alcanza a cubrir la finalidad perseguida por la sentencia; y e) “si la declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que justamente se trata de evitar”*.

En el mismo orden de consideraciones generales y con el objeto de evidenciar las diferencias que existen entre el pronunciamiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y el de inconstitucionalidad materia de este proceso, el Presidente de la República enfatiza la declaración que formuló este Tribunal en cada una de las sentencias previas de inaplicabilidad que le sirven de sustento a estos autos y alude resumidamente a los fundamentos consignados en esos mismos fallos; luego, hace hincapié en que *“lo que se solicita por el constituyente a esta alta Magistratura es realizar un nuevo análisis, totalmente diverso a los ya efectuados, tal es examinar si la norma legal antes cuestionada por sus efectos contrarios a la Constitución, es igualmente censurable ahora desde todo punto de vista, esto es, incompatible en abstracto, con las normas constitucionales invocadas, de manera tal que una conciliación interpretativa no sea posible y si su eventual declaración de inconstitucionalidad producirá efectos jurídicos más próximos o alejados del texto fundamental”*.

Por su parte, el Capítulo IV de la presentación del Presidente de la República, en referencia, está dedicado a los antecedentes que surgen de la tramitación legislativa y al contenido del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 que es objeto del examen materia de este proceso constitucional, el cual, como se indica en el mismo escrito, corresponde al artículo 199 del texto refundido, coordinado y sistematizado de la aludida legislación, aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Salud, de 2005.

En el aspecto reseñado, el Ejecutivo hace notar que con anterioridad a la incorporación del artículo 38 ter a la legislación del rubro, por la Ley N° 20.015, el régimen establecido en el año 1995 por la Ley N° 19.381 *“otorgaba a las Isapres amplias facultades, que generaban la posibilidad que en cada proceso de adecuación podían modificar el precio base del plan, sus beneficios y la tabla de precios o factores, dando origen en la práctica a una discriminación entre personas afiliadas a un mismo tipo de plan”*. La misma autoridad añade que tal discriminación de precios *“no obedecía a criterios conocidos por la población en general, ni existía, a su respecto, posibilidades reales ni de control ni de sanción. Todo lo anterior desembocó en la existencia de miles de planes de salud que coexistían creando, nuevamente en la práctica, real discriminación entre personas supuestamente afiliadas a un mismo tipo de plan”*.

Con posterioridad, en el año 2005, la Ley N° 20.015 incorporó a la denominada “Ley de Isapres” –N° 18.933- los artículos 38, 38 bis y 38 ter, los cuales, en términos generales, según

se relata, establecieron un **“nuevo régimen para la determinación del precio de los contratos de salud y su posibilidad de revisión por parte de las Isapres”** (el destacado es nuestro), que contempla las condiciones siguientes:

“a) La revisión anual de los contratos de salud puede considerar sólo la modificación del precio base del plan con las limitaciones que se establecen en el artículo 38 bis”.

“b) Al comunicar la respectiva adecuación del contrato a sus afiliados, las Isapres sólo podrán ofrecer planes que estén en actual comercialización con, al menos, un año de vigencia y con afiliados vigentes, y su precio ‘deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes”.

c) Se establece “una Tabla de Factores, que las Isapres deberán elaborar e incorporar a los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados, cuya estructura es fijada por la Superintendencia de Salud considerando los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar”.

“d) A efectos de su elaboración y respetando las restricciones legales y los tramos de edad que fije la Superintendencia conforme a la ley, las Isapres pueden fijar libremente los factores. Con todo, las Isapres no podrán variar los factores mientras los beneficiarios se encuentren adscritos al mismo plan, ni alterarlos respecto de quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir los múltiplos o factores con carácter permanente, sea total o parcialmente, cambio que requiere autorización previa de la Superintendencia de Salud”.

“e) Conforme a lo anterior, el precio del plan de salud convenido resulta de aplicar al precio base del plan respectivo el factor que corresponda al beneficiario según la tabla correspondiente. Cada plan de salud debe tener incorporada una sola tabla de factores. Por su parte, las Isapres deberán tener, a lo más, dos tablas de factores para los planes en comercialización”.

Con todo, la autoridad afirma que, como efecto de los cambios legislativos aludidos, el precio base de los contratos de salud sólo podría ser modificado en condiciones generales que no importasen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. También se prohibió tener en cuenta el estado de salud del afiliado para modificar el aludido precio base y se estableció la obligación de las Isapres de ofrecer planes alternativos.

Se indica, asimismo, que la nueva normativa intentó limitar la *“autorregulación de la industria”* mejorando la forma en que los afiliados recibían la información respecto de las condiciones de los diversos planes con el objeto de que éstos pudiesen comparar efectivamente y tomar una buena decisión al momento de contratar con la respectiva Isapre. Las condiciones impuestas por tal regulación legal, según se indica en la presentación, también tendían a incentivar *“la aplicación de una política solidaria razonable en este aspecto y restringían la posibilidad de discriminar entre los afiliados según el mayor o menor riesgo en salud que presenten”.*

En este último punto, el Jefe de Estado cita la opinión de la senadora Evelyn Matthei, registrada en el Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, en orden a que la norma que correspondía aprobar por el Congreso Nacional en aquella oportunidad *“debía evitar que las Instituciones de Salud Previsional concentraren determinados grupos de personas en determinados planes de salud, basadas en su mayor o menor riesgo, forzando a los afiliados cautivos a migrar al sistema público”*, añadiendo que *“el precio de los planes podía variar en función de la calidad de servicio, de la incorporación de tecnología o de factores como la hotelería de las clínicas, teniendo en consideración que este último factor no se encontraba dentro de las acciones de salud garantizadas por la Constitución”.*

Se puntualiza, en otro orden de ideas, que, según el concepto contenido en la letra n) del artículo 170 de la legislación en análisis, la tabla de factores en los contratos de salud **“representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan”** (el destacado es nuestro) y, en seguida, subraya que la norma del artículo 38 ter buscó reducir la infinidad de tablas existentes previamente a una tabla por plan y a no más de dos para todos los planes que comercialice cada Isapre.

La autoridad también fija la atención en el hecho de que la Comisión de Salud del Senado, considerando la inconveniencia de “petrificar en la ley” cuestiones de hecho que normalmente debían tender a variar en el tiempo –como lo habían expresado los senadores Matthei y Boeninger-, acordó introducir en una disposición transitoria que regiría para los primeros diez años de vigencia de la legislación en comento, la regla que fija los rangos máximos de diferencia entre los factores de las tablas. Esta norma es el artículo segundo transitorio del texto aprobado de la Ley N° 20.015, que dispone: *“La relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter que se agrega a la ley N° 18.933 será, para el primer decenio contado desde la vigencia de la presente ley, de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres”*.

Luego asevera que el legislador tuvo a la vista que para concluir que el factor máximo de una tabla no podía ser más de 9 veces el factor mínimo de la misma, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres, la Superintendencia del ramo había expresado, según quedó registrado en el mismo documento legislativo citado anteriormente, que *“las cifras estaban basadas en el análisis de los costos reales que para las Instituciones de Salud Previsional significaban sus usuarios diferenciados por sexo y edad, extraídas de los datos recogidos entre 2001 y 2003, y estaban en estrecha correspondencia con las tablas que se elaboran en otros países respecto de cómo se distribuye el gasto en salud a lo largo del ciclo de vida de las personas”*.

Refiriéndose a la estructura de los precios de los planes de salud que ofrecen actualmente las Isapres, el Ejecutivo expresa, en síntesis, que la cotización que los afiliados pagan por su plan de salud está compuesta por: a) **Precio base**, que es el mismo para todos los adscritos a un determinado plan y que la Institución de Salud Previsional puede adecuar o modificar una vez al año, en las condiciones que establecen los artículos 197 y 198 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005; b) **Factor etario**, que se aplica respecto de los tramos etarios determinados en cada Tabla de Factores incorporada a los planes de salud según se trate del titular del contrato o de los beneficiarios, masculinos y femeninos. Como señala expresamente la autoridad en su informe: *“Estos factores se modifican automáticamente cuando un miembro del grupo familiar cumple una edad determinada que lo haga cambiar de tramo, pero dicha variación debe ser informada anticipadamente por la Isapre, con tres meses de anticipación al vencimiento de la anualidad contractual”*; c) **Garantías Explícitas de Salud –GES-**, que se derivan del plan Auge y corresponden a las prestaciones básicas uniformes que el Estado garantiza a toda la población sin distinción por sexo o edad y cuyo precio está fijado conforme a lo establecido en la Ley N° 19.966.

Para graficar en términos simples cómo opera el sistema, el Presidente de la República indica que la cotización de salud corresponde al precio base del plan respectivo, multiplicado *“por la suma de factores etarios del grupo familiar del afiliado”* y, luego, al valor que resulte de esa operación se le suma *“el precio de la GES por cada beneficiario”*.

Además de referirse en detalle a las reglas que se encuentran definidas por el legislador para calcular la adecuación del precio base de los planes de salud, el Ejecutivo se refiere al rol que cumple la tabla de factores en el sistema privado de salud.

En este punto en particular, se argumenta que como ***“los planes de salud son, en definitiva, contratos de seguros frente a determinados riesgos, la prima dependerá del monto cubierto por la probabilidad de incurrir en el riesgo asegurado. Luego, dicha situación requiere contar con mecanismos de ajustes de precios que permitan hacer viable un sistema que no cuenta con subvenciones estatales y/o con mecanismos de ajustes de riesgos de salud”*** (el destacado es nuestro). Se agrega que *“ante la evidencia estadística de diferencias de gasto en salud por sexo y edad, la tabla de factores consagrada en nuestra legislación recoge dichas variables, respondiendo a una lógica sanitaria de base objetiva, cuyos elementos configuradores resultan, en consecuencia, razonables”*.

Destaca asimismo la autoridad que el artículo 38 ter, que es objeto del presente examen de constitucionalidad, *“no cuantifica la variación del factor entre cada grupo, sino que sienta las bases para la determinación de cada tramo etario”* sobre el cual se aplicará un determinado factor, dependiendo del riesgo asociado al mismo. La disposición que sí se encargaría de establecer la relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del mencionado precepto legal, es el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, que, como ya se señaló, dispone que para los primeros diez años contados desde la entrada en vigencia de la ley dicha relación será de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres.

En esta parte de la presentación el Ejecutivo afirma que el referido precepto transitorio de la Ley N° 20.015 sería la norma que *“eventualmente puede ser inconstitucional para aquellas prestaciones superiores a las básicas uniformes otorgadas en virtud del Plan Auge y las acciones de salud pública impulsadas por el Estado”*.

Por otra parte y sin perjuicio de la exposición que se realiza en el Capítulo III de la presentación en análisis respecto de los preceptos constitucionales que sirvieron de fundamento a las sentencias de inaplicabilidad previas en que se sustenta el presente proceso constitucional, es en el Capítulo VI del mismo escrito en el cual el Ejecutivo hace valer argumentaciones respecto de la cuestión de fondo que ha de ser resuelta por esta Magistratura, a saber, si aquel precepto legal debe o no ser declarado inconstitucional con fundamento en *“el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*, en los términos que expresamente utiliza el artículo 47 V de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Respecto a la **garantía de la igualdad ante la ley** asegurada a toda persona en el numeral 2º del artículo 19 de la Carta Fundamental, con apoyo en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (sentencias roles 53, 226 y 1273) y en doctrina especializada, el Jefe de Estado hace hincapié en cuanto a que la discriminación arbitraria, esto es, la que se encuentra prohibida por nuestra Carta Fundamental, es aquella que lesiona la justicia, agregando que *“para determinar si se ha infringido el principio jurídico de la igualdad, será necesario establecer si como consecuencia de un mal ejercicio de la justicia distributiva se originó una lesión a los bienes jurídicos que la autoridad ha estimado dignos de protección”*. Señala, asimismo, que para ajustarse a la Constitución las diferencias de trato deben ser establecidas con parámetros incuestionables, es decir, razonables y justificados.

En el mismo orden de consideraciones y partiendo del supuesto de que la razonabilidad es un principio que postula la proporcionalidad de medios y fines al momento de regular o establecer una limitación a un derecho fundamental, se enuncian los tres criterios o sub-principios que cabría observar al ejercer el control de constitucionalidad de tales regulaciones legislativas. A saber:

a) el criterio de la adecuación o idoneidad, según el cual la medida limitativa del derecho debe ser apta para el logro del fin propuesto por el legislador;

b) el criterio de la necesidad, conforme al cual entre las diversas alternativas de regulación o de limitación se ha de escoger la que resulte menos lesiva para el derecho; y

c) el criterio de la proporcionalidad o razonabilidad *stricto sensu*, que se aplica luego de que se hayan efectuado los dos análisis anteriores y que se encarga de verificar que la limitación de que se trata guarde una relación razonable o proporcionada con el fin que se persigue obtener. Citando a la doctrina, la autoridad pública indica que se trata de un proceso de ponderación de las ventajas y las desventajas de la medida.

Se expresa, por otra parte, que buscar una igualdad absoluta, independientemente del sexo o de la edad de las personas, sería prudente sólo respecto de materias como la dignidad o dentro de lo que el mismo Presidente de la República denomina como un “mínimo ético común”, conformado por los elementos que protegen tal dignidad, como serían, a modo ejemplar, la justa retribución por el trabajo, a que se refiere el numeral 16º del artículo 19 constitucional, o “las prestaciones básicas uniformes” aludidas en el numeral 18º de ese mismo precepto fundamental.

En este aspecto también se argumenta que en una sociedad democrática fundada en la iniciativa individual y en un Estado subsidiario sería imposible desconocer tanto las características propias del régimen político como las particularidades de cada individuo, las cuales, sin duda, pueden surgir de su sexo o de su edad.

Sin perjuicio de lo expresado, la autoridad reconoce la ilegitimidad de las diferencias basadas sólo en el sexo o en la edad de las personas cuando no existe la relación causal con el fin perseguido, agregando que, en todo caso, si la consideración del sexo y de la edad en una determinada disposición es fruto de un ejercicio racional y prudente para lograr un efecto plausible, no cabría objetar su constitucionalidad, toda vez que ello sería reflejo de los criterios que priman dentro de la sociedad en un momento determinado.

En abono de la misma opinión expresada, el Jefe de Estado afirma que en sentencia Rol 976 esta Magistratura Constitucional habría declarado que la habilitación legal que permite a las Isapres aplicar la tabla de factores en los contratos de salud que celebran con los afiliados cotizantes no podía ser calificada como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria.

Reconoce la autoridad, por otra parte, el interés doctrinario que suscita la tesis sostenida por este Tribunal en la sentencia Rol 1273, en cuanto a que *“el respeto a la igualdad ha sido complementado con la protección de las denominadas igualdades esenciales, de donde resulta inconstitucional ‘tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales’*, y que ello se vincula con el respeto a la dignidad humana, reconocida en el inciso primero del artículo 1° de la Constitución, en cuanto el fallo sostiene que el aumento que sufre el precio de los contratos de salud en la medida que también aumenta la vulnerabilidad de las personas por el paso del tiempo y/o por la condición orgánica de mujer, configuraría una discriminación arbitraria. Sin embargo, el Presidente de la República resalta la idea de que, a su entender, el legislador nacional sí habría respetado las referidas igualdades esenciales en este tema y, por ende, la dignidad de las personas. Lo anterior, por cuanto ha regulado para facilitar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, garantizándole prestaciones básicas, sea que aquel sujeto se atienda en el sistema público o en el privado.

Hace presente, asimismo, que el sexo y la edad son factores normal y regularmente utilizados en materia de salud, por la literatura científica, y también en campañas del sistema público, agregando, por ejemplo, que focalizar las prestaciones en el área de la salud en los menores de edad y en los adultos mayores se ha entendido como una medida razonable y fundada, y partiendo de una hipótesis similar debiera concluirse que la norma que es sometida al control abstracto de constitucionalidad en la especie, que permite precisamente el agrupamiento de la población en grupos etáreos y de sexo, no configura un caso de discriminación arbitraria prohibida por el ordenamiento constitucional. En este mismo aspecto se añade que tampoco se alcanza a vislumbrar cómo un plan de salud más barato o la opción por el sistema público de salud podrían vulnerar la dignidad humana.

Se afirma por la autoridad estatal que en la medida que las políticas de salud son focalizadas a grupos de la población, mejores serían sus resultados, por lo que la declaración de inconstitucionalidad que eventualmente recaiga sobre el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que es un precepto que se inserta en esa hipótesis de política pública de salud, podría tener efectos perniciosos e insospechados.

En seguida, al intentar responder directamente a la pregunta de si el aludido artículo 38 ter objeto de examen infringe o no el numeral 2° del artículo 19 constitucional, el Ejecutivo plantea, básicamente, que la introducción de esa norma dentro del ordenamiento jurídico (por disponerlo así la Ley N° 20.015) surge de *“la convicción del legislador”* en orden a que mejoraría sustancialmente los derechos de los usuarios de las Isapres, generando mayor transparencia y solidaridad entre hombres y mujeres y entre jóvenes y mayores, por aplicación del Plan Auge. Al mismo tiempo, *“para limitar el campo de acción de la Superintendencia (de Salud) se estableció una relación máxima de valores para el primer decenio”*, la que es mayor en el caso de los hombres en comparación con las mujeres.

Por otra parte, se observa que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no es la disposición que cuantifica la variación del factor entre cada grupo cubierto por el respectivo contrato de salud, sino que constituye sólo la norma legal que sienta las bases para la determinación de cada tramo etario sobre el cual se aplicará un factor previamente determinado, conforme al riesgo asociado a aquél. Añade que el precepto que sí establece la relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, en examen, es el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, en los términos que

ya se han explicado y, por lo tanto, la misma autoridad reitera la idea de que sería esta última la norma legal que eventualmente puede infringir la garantía constitucional en comentario.

A mayor abundamiento, el Presidente de la República expresa que si se siguen los pronunciamientos previos de inaplicabilidad que ha emitido esta Magistratura Constitucional, resultaría obligada idéntica conclusión a la esbozada, es decir, entender que lo que podría cuestionarse, desde la perspectiva del derecho en análisis, sería la regulación que el legislador ya ha establecido, aunque por un tiempo definido y acotado, respecto de la relación que debe existir entre los factores que integran la denominada “*tabla de factores*” de los contratos de salud, mas no el establecimiento de esta última.

Conforme a lo anterior, se vuelve a afirmar que *“la amplitud o diferencia sustancial en los planes de salud derivada de la tabla de factores no deviene del art. 38 ter, que es una mera norma que entrega una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, sino que del segundo transitorio de la Ley 18.933”*.

En cuanto al derecho a la protección de la salud, reconocido en el número 9º del artículo 19 de la Constitución, el Presidente de la República aduce, en primer lugar, que el texto constitucional vigente reemplazó al meramente referencial que contenía la Carta del año 1925 en la materia, estableciéndose concreta y claramente un deber del Estado que se traduce en asegurar a todas las personas el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Asimismo, la normativa constitucional vigente también considera, en este ámbito, la existencia del sistema público –FONASA- y del sistema privado –Isapres-.

Siguiendo con detención la discusión verificada al interior de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, el Jefe de Estado observa que, como quedó reflejado ya en el Acta Constitucional Nº 3, se pasó de la tradicional visión estatista a la de un Estado subsidiario que actúa en función de la libertad de los individuos.

Ahora, refiriéndose en particular al derecho de que se trata, la misma autoridad reconoce que existen tres elementos básicos que orientan su configuración:

- a) el deber estatal de proteger el libre e igual acceso a las acciones de salud,
- b) el deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de dichas acciones, por entes estatales o privados, y
- c) el derecho individual de libre elección entre el sistema privado o el sistema público.

Luego, en la misma presentación se entrega una explicación de cada uno de ellos, en los términos que, en síntesis, se expondrán:

En cuanto al deber estatal de proteger el libre e igual acceso a las acciones de salud, la autoridad indica que éste consiste en que se facilite a las personas hacer uso de ellas sin discriminaciones ni condiciones, salvo las derivadas de la salud pública e individual. Posteriormente, señala ejemplos de acciones de promoción y recuperación de la salud y sostiene que existe el derecho a demandar el acceso a ellas, pero no el derecho a incorporarse, a pertenecer o a mantenerse dentro de una determinada entidad, ya que el libre e igualitario acceso no guardaría relación con un derecho de contratación o afiliación a una determinada institución. Señala, asimismo, que las prestaciones mínimas que garantiza el Estado y que se reflejan en el sistema de atenciones del AUGE, contenidas en el artículo 156 del DFL 1/2005, sin pago adicional a la cotización del 7%, se han reforzado en el tiempo.

Además de lo anterior, se pide considerar que acceso libre e igualitario no sería sinónimo de acceso ilimitado, más allá del aludido mínimo asegurado.

En consideración a lo expresado, el Presidente de la República concluye que por el alza del costo del plan o por el cambio a otro plan de menor precio lo único que se alteraría sería la cobertura adicional que se otorga o que se tiene derecho a percibir, agregando que constituye un tema meramente contractual y que no cabe controlar, por ende, a esta Magistratura Constitucional el que alguien objetivamente más riesgoso para el sistema deba pagar un monto más caro en lo que excede a la garantía mínima estatal del AUGE.

Por otra parte, en cuanto concierne al deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, se observa que, ya sea a través de entes privados o públicos, lo que el legislador busca garantizar es *“un nivel mínimo”* derivado de la integridad física y psíquica de las personas y, a partir de eso, surge un derecho subjetivo para optar sin apremios, presiones, restricciones o tributos infundados entre el sistema público y el privado de salud, entre las diversas instituciones existentes y entre los diferentes planes y programas de acciones, debiendo existir, en cualquier caso, variedad de alternativas para que este derecho se pueda ejercer de modo legítimo.

Haciendo una interpretación sistemática de las normas, el Ejecutivo plantea que las prestaciones básicas y uniformes establecidas por la Carta Fundamental se configurarían a nivel de ley en las acciones de salud, dentro de lo que cabe el Plan AUGE de la Ley N° 19.966, que garantiza derechos de cobertura exigibles en FONASA y en las Isapres respecto de un conjunto de enfermedades o patologías que irá en aumento en el tiempo. Señala, asimismo, que ese conjunto mínimo de prestaciones constituiría el núcleo esencial del derecho configurado por el legislador y que con ello también se daría cumplimiento a la regulación del derecho a la seguridad social asegurado en el N° 18° del artículo 19 de la Constitución.

Sobre la base de tal configuración legal, la autoridad hace ver que los riesgos de salud cambian en función de la situación socioeconómica del país y que ello debe ser analizado por el Ministerio del ramo a los efectos de definir la política pública que deberá implementarse.

También se destaca que, según lo ha expresado el profesor José Luis Cea Egaña, las cotizaciones obligatorias autorizadas por la Constitución son patrimonio del cotizante, por lo cual el Estado no podría destinarlas a subsidios indirectos, pues, a su entender, se vulneraría el N° 22° del artículo 19 de la Constitución.

En cuanto a la consagración constitucional de la dualidad de sistemas de salud, el Presidente de la República señala que cada uno de ellos tiene sus propias reglas y principios y que las personas son libres para elegir uno u otro. Recalca la idea de que la Constitución Política no ha establecido un sistema único y que, así, el deber del Estado es de garantía, es decir, asume un rol en ausencia o falencia de los privados.

Tras enunciar la configuración, estratificación y forma de financiamiento del sistema público en base a la cotización y el copago, se concluye que en él la contribución estatal resulta insoslayable. En comparación, advierte el Gobierno, el sistema privado de salud se encuentra concebido como un **“mercado de seguros voluntarios”** en el cual las prestaciones a que tienen derecho el afiliado y sus cargas, se financian con una cotización obligatoria no inferior al 7% de su renta imponible, según el valor del plan que contrate con la respectiva Isapre. Se especifica, además, que el ingreso al sistema privado se obtiene luego de la suscripción de un contrato de plazo indefinido, que contiene el precio y las prestaciones exigibles y que, como mínimo, debe contener las garantías explícitas y el plan complementario.

En la misma presentación en comentario se describe el sistema de las Garantías Explícitas y su financiamiento mediante el llamado Fondo de Compensación. Se señala en

la materia que la prestación de dichas garantías, siendo universales, puede ser focalizada por edad o sexo, citando ejemplos de ello. Atendido aquello, se afirma que la exclusión a priori del factor edad y del factor sexo sería un error; que no sería razonable ni beneficiosa, pues ambos factores serían parte de la cobertura que entrega el sistema de salud y si no existieran, por ende, se podría llegar a la desprotección de los sectores más débiles o vulnerables.

Para compensar el diferencial entre el costo y el riesgo en salud, dice el Ejecutivo, se estableció el Fondo de Compensación, que consolida una tarifa plana que se calcula por el riesgo promedio del sistema y no a nivel individual. Se destaca, por otra parte, que este sistema de financiamiento tiende a incentivar y proteger las prestaciones universales y que fue el producto de un gran consenso legislativo.

También se afirma por el Gobierno que *“si se analiza el sistema de salud chileno en su conjunto, es posible concluir que existe una variada gama de atenciones garantizadas, cualquiera sea el sistema al cual una persona elija adscribir, dándose cumplimiento, conforme a la ley, al mandato del constituyente de asegurar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud”*, y que no es lo mismo que asegurar un acceso ilimitado, como lo ha señalado esta Magistratura en su sentencia Rol 1266. Por consiguiente, afirma el Ejecutivo, *“aun cuando una persona no esté en condiciones de solventar un aumento en el valor del plan contratado con una Isapre, ello no significa que ha quedado excluida del sistema de protección existente; asimismo, tampoco se ha visto mermado su derecho al acceso libre e igualitario a las acciones de salud. En efecto, lo único que en concreto se limita al cambiar a un plan de menor costo, es la cobertura adicional originalmente escogida por el usuario, pero sigue cubierta con las prestaciones básicas uniformes”*.

Lo que la Constitución Política asegura a todas las personas, insiste la autoridad, es el derecho, no absoluto, a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, pero dicha libertad no presupondría el derecho a permanecer en un determinado plan de salud sin asumir el mayor costo asociado a las prestaciones que sean superiores a las básicas uniformes.

Termina señalando el Jefe de Estado, en este mismo aspecto, que si se estableciera que una persona no debe pagar un mayor precio por el plan que le ofrece el sistema privado de salud o por todo aquello que no cubre el Plan Auge, implicaría *“irrumper en un tema que excede la seguridad social y se ubica en un ámbito contractual propio de cada cual”*. Y recuerda que en la sentencia Rol 1218 esta Magistratura entendió la libertad de elección como un derecho a que *“durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema”*.

También en cuanto al derecho a la libre elección del sistema de salud, se argumenta, citando la intervención del profesor Evans en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en cuanto a que no hay libertad irrestricta en la materia, pues la ley impone prescripciones a los distintos sectores. En el mismo sentido, se indica que el profesor Cea Egaña ha manifestado que el derecho a elegir es relativo, pues sólo se halla en condiciones de ejercerlo quien se encuentre en situación económica adecuada para escoger. A lo anterior la autoridad añade que dicha libertad no supone el derecho de permanecer en un plan que supere las prestaciones aseguradas sin asumir el mayor costo asociado, haciendo presente que el principio del sistema privado es el autofinanciamiento y que su solvencia depende de la siniestralidad.

En cuanto concierne al derecho a la seguridad social, asegurado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Fundamental, el Ejecutivo analiza su evolución desde la Carta del año 1925 hasta llegar al rol subsidiario que se le asigna y reconoce al Estado en la Constitución Política de 1980. Destaca el término de las discriminaciones existentes con anterioridad al año 1980, plasmadas en más de 100 regímenes previsionales distintos, y hace notar, con especial interés y fundado en citas del Consejo de Estado y de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, que el rol subsidiario del Estado se traduce en que los particulares deben buscar fórmulas propias sobre la base de un mínimo común que les garantiza el Estado en la forma de prestaciones básicas, y todo ello, en el marco de un mercado libre en el que las instituciones pueden crear condiciones más favorables.

Se argumenta, asimismo, que éste es un derecho configurado por el legislador, según lo ha reconocido esta Magistratura en su sentencia Rol 334, y que, por tratarse de un tema de “política legislativa”, el *quantum* de las prestaciones básicas y uniformes no es revisable en esta sede constitucional. Hace valer que esta misma idea ha sido reconocida en el marco de un Estado social y democrático como España, citando al efecto sentencias del Tribunal Constitucional español.

Teniendo en consideración lo resuelto por esta Magistratura en la sentencia referida -Rol 334-, el Presidente de la República aduce que el límite de la configuración legislativa de este derecho estaría dado, en nuestro sistema, por la garantía de su contenido esencial. Agrega como otros factores propios de la regulación de este derecho la naturaleza social y prestacional del mismo, lo variable de su objeto, el principio de subsidiariedad y los ámbitos de acción del Estado y del legislador que deben ser respetados con la mayor deferencia posible.

El Jefe de Estado luego afirma que el precepto legal examinado en este proceso no infringiría el derecho a la seguridad social y para fundar tal aserto reitera el concepto de “mínimo básico” asegurado y que en esta materia se está en presencia de una regulación del precio en lo que supera ese mínimo.

Por otra parte, la autoridad estatal insiste en el argumento según el cual las tablas de factores de los contratos de salud no serían reguladas por el precepto cuestionado en autos y que la eventual afectación de derechos se limita sólo a cierto grupo de personas, señalando que las diferencias por edad podrían ser discriminaciones positivas, aun cuando es el legislador y no la judicatura quien debe regular los derechos sociales. Insiste en señalar, asimismo, que la norma impugnada representa el ejercicio de la potestad que se le ha entregado al legislador para configurar el derecho y que este Tribunal Constitucional no podría ejercer un control de mérito a su respecto, si fuera fiel a los pronunciamientos previos en esta materia, contenidos en las sentencias roles 591, 664, 517, 535 y 1065, cuyos considerandos transcribe.

El Presidente de la República también se pronuncia respecto de los efectos que generaría la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933. En este aspecto, se argumenta que se podría volver a la situación vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, esto es, se permitiría una mayor discriminación dentro del sistema. Otro probable escenario es que se determine una “tarifa plana” para los planes de salud de las Isapres, lo cual, a juicio del Gobierno, obligaría a un millón de personas, aproximadamente, a emigrar al sistema público –FONASA-. Además, podría implicar que las personas más jóvenes subsidien el sistema, aumentando el gasto directo en 3.700 millones de pesos por la vía del copago. Por otra parte, se generaría inseguridad jurídica al originarse un vacío legal, se provocaría una desigualdad entre los cotizantes adscritos a los antiguos planes y aquellos que entren al sistema luego de la sentencia de

inconstitucionalidad, considerando que ésta no tendrá efectos retroactivos. Por último, se aduce que también se restringiría la interposición de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante este Tribunal.

Finalmente, el Jefe de Estado señala que el precepto cuestionado puede interpretarse de conformidad con la Constitución al permitir que el mayor cobro se refiera a los afiliados de entre 30 y 50 años, haciendo disminuir la carga a la tercera edad.

Por todo lo anterior, se solicita declarar que la norma que es objeto del presente proceso no es inconstitucional.

En el primer otrosí de la presentación, el Gobierno solicita tener presente que la Superintendencia de Salud se encuentra analizando medidas y propuestas para enfrentar la eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma materia de este proceso y, como prueba de tal situación, se acompaña un informe del mismo órgano administrativo, además de un memorándum sobre acciones del Ejecutivo para mejorar la transparencia del sistema de Isapres y promover la competencia y la posibilidad de comparar entre los distintos planes de salud que se ofrecen en el mercado.

VII. AUDIENCIAS PÚBLICAS DECRETADAS EN LOS AUTOS:

Como consta a fojas 40, el Tribunal dispuso la realización de audiencias públicas en las que podrían exponer por escrito y oralmente sus observaciones las instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el asunto materia de este proceso constitucional, en la forma y dentro del plazo que se regulan en la misma resolución, así como en aquella complementaria que rola a fojas 51.

Dichas audiencias se verificaron los días 25 y 26 de mayo de 2010 y en ellas fueron oídos los comparecientes que se individualizarán a continuación:

A) En contra de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, el Tribunal escuchó a:

1. **Isapre Consalud S.A., representada por el abogado Héctor Humeres Noguera:** Esta institución, en síntesis, se refirió a las características fundamentales del sistema de salud en Chile, desarrolló las diferencias que, a su entender, existen entre las prestaciones AUGE y su financiamiento y los planes complementarios de salud, distinguiendo, en estos últimos, el precio base y la tabla de factores. Agregó que la Constitución y la ley brindan a las personas la posibilidad de elegir entre el sistema público y el privado de salud de manera libre, por lo que cuando un usuario celebra un contrato de salud con una determinada Isapre, lo que hace es atenerse a las normas que regulan tal convención, por lo que termina sosteniendo que, a su juicio, estas normas no atentan en absoluto en contra del ordenamiento constitucional.

2. **Isapres Banmédica S.A. y Vida Tres S.A., representadas por el abogado Alejandro Parodi:** Estas instituciones hicieron hincapié en los efectos de la eventual sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 que pronuncie esta Magistratura. Señalaron, básicamente, que la ley en examen no admite una discriminación arbitraria ni una vulneración de la libertad de elección del sistema de salud, toda vez que sería razonable la utilización de la edad y el sexo como factores de riesgo para calcular el costo de los planes de salud y también porque las alzas que sufre el precio de los planes de salud se justifican si se sostienen en el aumento del riesgo asociado al mismo contrato.

3. **Asociación de Isapres de Chile AG, representada por el abogado Rodrigo Díaz de Valdés y por su Presidente, señor Eduardo Aninat:** En estas exposiciones se sostuvo que de ser declarada inconstitucional la norma en cuestión, la estructura de costos de los planes de salud variará de tal forma que 3 de cada 4 afiliados sufrirán alzas notorias y que, además, ello obligaría al sistema

de Isapres a fijar una "tarifa plana", sin modificación por riesgo, que haría incrementar los precios de los planes que consideren niños beneficiarios y también aquellos que beneficien a los más jóvenes. Al mismo tiempo se indicó que en el caso de los hombres de entre 20 y 24 años de edad, se producirían alzas de precio de un 124% promedio y que se podría estimar un traslado hacia el sistema público de salud de, aproximadamente, 700 mil usuarios, lo que seguramente llevará a plantear la necesidad de crear algún subsidio estatal para ciertos grupos etéreos.

4. Isapre Cruz Blanca S.A., representada por el abogado Miguel Ángel Fernández: La entidad solicitó al Tribunal que no declare la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, fundando tal petición en el hecho de que no se cumplirían los estándares fijados por esta misma Magistratura para declarar la inconstitucionalidad abstracta de efectos erga omnes. A su juicio, no existiría la incompatibilidad manifiesta de la norma legal con el texto constitucional, exigida en la sentencia Rol N° 558. Por otro lado, puntualiza que esta declaración de última *ratio* –la de inconstitucionalidad- exige tanto el respeto por el principio de la deferencia razonada, que ha esbozado la jurisprudencia de este Tribunal, como verificar que la declaración de inconstitucionalidad no generará efectos más nocivos que la pervivencia de la norma legal examinada. En este aspecto, se señaló que la disposición cuestionada fue introducida al ordenamiento jurídico con el objeto de limitar la facultad que tenían las Isapres para modificar los precios de los planes de salud y, al mismo tiempo, habilitó a la Superintendencia de Salud para establecer la estructura de la tabla de factores dentro de un margen regulado. Se agregó que las sentencias previas de inaplicabilidad dictadas en los procesos que le sirven de sustento al actual proceso de inconstitucionalidad son marcadamente concretas y, por ende, sus fundamentos no serían de aplicación general, es decir, no podrían ser los que fundaran el fallo de inconstitucionalidad abstracto que se debe dictar en este caso. También sostuvo que el sistema actual no deja en indefensión al afiliado, ya que, sobre todo en el caso de cotizantes cautivos, la ley contempla mecanismos para impugnar las alzas desmedidas en los precios de los contratos de salud por la vía de la jurisdicción arbitral de la Superintendencia de Salud. En cuanto a la igualdad ante la ley, se señaló que el precepto cuestionado en ciertos casos iguala y en ciertos casos diferencia, añadiéndose que la Constitución no prohíbe establecer tablas de factores ni elementos de diferenciación en materia de salud. Se argumentó, además, que la norma en examen no establecería discriminaciones arbitrarias, ya que, en abstracto, el sexo y la edad serían factores relevantes al determinar precios de los planes de salud y también para determinar políticas públicas en la materia, cuestión que, mirando un caso concreto, puede ser diferente. En cuanto al juicio de proporcionalidad, se señaló que es un elemento propio del control concreto de constitucionalidad, pero que en materia de control abstracto este examen de proporcionalidad y la ponderación puede derivar en un examen de mérito, como lo han advertido autores como Prieto Sanchís y Alexy. Finalmente, se hizo valer que no existe consenso en la doctrina en cuanto a los efectos que produce la sentencia de inconstitucionalidad y, por ello, esta Magistratura debiera ser cautelosa en el ejercicio de la atribución que ha invocado al abrir el presente proceso constitucional.

5. Isapre Colmena Golden Cross S.A., representada por el abogado Claudio Arellano Parker: Señaló en la respectiva audiencia que a las Instituciones de Salud Previsional se les ha imputado incumplimientos reiterados, desconocer los derechos de los afiliados y estar desvinculadas de la realidad social; manifestó que frente a tales críticas se puede contestar que esa Isapre sólo obtuvo \$71 (setenta y un pesos) de utilidad operacional mensual por afiliado, con sólo un 0,2% de utilidad anual. Indicó, asimismo, que a las Isapres se les ha imputado ser parte de un mercado de gran concentración, lo que no es efectivo, y que debieran ser aplaudidas por mantenerse sirviendo a sus afiliados, según un

llamado que formuló el Estado a través de la legislación que regula la actividad que desarrollan. Expuso también que los costos aumentan de manera sostenida y no se puede limitar la cobertura; por ende, para enfrentar la situación es necesario traspasar un porcentaje al afiliado, debiendo la Isapre asumir la diferencia. La institución hizo suyos los argumentos planteados por otros expositores que han defendido la constitucionalidad de la norma en examen y afirmó que no existirían en este caso discriminaciones por edad y sexo, sino que el establecimiento de “*unidades de riesgo*” para ponderar la cuantificación económica de los riesgos a futuro que deberá asumir cada parte del contrato de salud, lo que, a su juicio, excluye la idea de arbitrariedad. Indicó, también, que existiría un universo de más de 3 millones de personas que libremente han contratado con las Isapres y que con tal decisión, que sería expresión de un acto de solidaridad, han liberado al Estado de la carga de mantener su salud y de entregar subsidios con cargo a su propio patrimonio. Concluyó expresando que las Isapres han debido adecuarse una y otra vez a modificaciones legislativas, sin que hayan sido beneficiarias de subsidios de ninguna especie.

B) A favor de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, el Tribunal escuchó a:

1. Sociedad Javier Fuenzalida y Compañía, representada por Javier Fuenzalida Asmussen: Al explicitar la estructura de la actividad económica de las Isapres, hizo hincapié en las prerrogativas unilaterales que éstas poseen, en cuáles son sus márgenes de utilidad y en la desigualdad de trato que existe hacia los afiliados del sistema, sobre la base de la discriminación por sexo y edad. La entidad sostuvo, además, que el precio de los contratos de salud se fija unilateralmente por la respectiva Isapre y que éste es conocido sólo el primer año de vigencia del acuerdo de voluntades suscrito. Agrega que en este sistema no se cumpliría el elemento esencial de todo contrato como es el acuerdo en relación al precio, según determina el Código Civil. En este sentido, afirma que no puede haber contrato sin precio y en este caso esa situación es precisamente la que se verifica. Tampoco se cumpliría, a su entender, con la libertad del mercado en este rubro, porque existirían barreras de entrada. En consecuencia, denuncia que se estaría frente a una actividad de carácter monopólico que infringiría la ley de libre competencia. En su opinión, las condiciones de los contratos de adhesión que determina la Ley del Consumidor, tampoco serían respetadas en este sistema.

2. Diputados del Partido Socialista señora Pacheco y señores Aguiló, Andrade, Castro, De Urresti, Díaz, Espinoza, Lemus, Monsalve, Montes y Schilling, representados por el abogado Marcelo Rojas Vega: En esta presentación el grupo de diputados solicita a esta Magistratura declarar la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde actualmente al artículo 199 del texto refundido, coordinado y sistematizado de dicha ley –DFL N° 1, de 2005, de Salud-, sobre la base de las infracciones constitucionales a la igualdad ante la ley y al derecho a la protección de la salud, ya declaradas en las sentencias de inaplicabilidad previas que dan sustento al presente proceso. En síntesis, luego de aludir a lo que Carlos Peña y Germán Bidart han señalado respecto de la garantía de la igualdad ante la ley, los parlamentarios afirman que por efecto de lo dispuesto en diversos preceptos de la ley del rubro (se citan los artículos 2°, letra m), y 38 ter de la Ley N° 18.933 y el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015), las Isapres han podido en una cantidad indeterminada, pero determinable de casos, subir unilateralmente el precio de los planes de salud y que el hecho de que la misma legislación aludida establezca una tabla de factores en base a la edad del afiliado, esto es, sobre la base de un hecho involuntario del individuo, trae como efecto la verificación de una

discriminación arbitraria prohibida constitucionalmente. En cuanto concierne al derecho a la protección de la salud, recogiendo algunas consideraciones contenidas en las sentencias roles 220 y 976 de esta Magistratura, los diputados sostuvieron que “*en cuanto derecho social*”, éste se halla ligado “*a otros atributos esenciales*” que se aseguran en el mismo texto de la Constitución, como es el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica. Afirman, en seguida, que todos ellos deben ser tutelados y promovidos para infundir legitimidad al ordenamiento jurídico.

3. Pedro Barría Gutiérrez, por sí, y en representación de Infoplex Limitada: Afirmó este abogado que la norma objeto del examen de constitucionalidad de autos sería ilegítima y discriminatoria y que el sistema de Isapres tendría esas mismas características, aunque ya cumplió 30 años de operación o de existencia. Argumentó que este modelo podría ser mejorado si es que se introdujera mayor competencia entre los prestadores privados, los cuales, además, hoy día tendrían privilegios que en ningún otro sector de la economía existen. Sostuvo, por otra parte, la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley 18.933, fundada en que establecen un marco de desequilibrio y de desigualdad entre las Isapres y los afiliados. Indicó, asimismo, que, como principio general, en los contratos no podría existir una parte más poderosa que otra, o que, como sucede en estas materias, una de las partes, la Isapre, tenga facultades unilaterales para modificar el precio, poner término al acuerdo y actuar como juez y parte en el caso de las licencias. Si la parte poderosa tiene facultades unilaterales, dice la entidad, se produciría un quiebre del equilibrio del contrato y, por lo tanto, la legislación que así lo establezca o permita resultará contraria a la Constitución.

4. Corporación Humanas, representada por la abogada Paulina Maturana: La entidad expuso que existe un aumento de las sentencias de la Corte Suprema que resuelven y acogen acciones de protección deducidas en contra del aumento del precio de los planes de salud que en la correspondiente anualidad pretende aplicar la respectiva Isapre. Puntualizó, asimismo, que en esta materia está involucrado el derecho a la igualdad y a la no discriminación y que, en tal aspecto, en los hechos, se constata que el sistema de Isapres discrimina arbitrariamente a la mujer de una manera que se acentuará a futuro. Señaló, de la misma forma, que la disposición legal que admite tal discriminación arbitraria viola, además de la Constitución, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

5. Sociedad de Geriátría y Gerontología de Chile, representada por los doctores Juan Carlos Molina y Juan Eduardo Sánchez: Se expuso ante el Tribunal que dichos profesionales representan a otros 150, entre ellos a los 30 geriatras formados en Chile. Denunciaron, en tal condición, el carácter nocivo de la discriminación por edad y también la poca cobertura que entrega la salud privada a medida que la edad de las personas avanza, añadiendo que ello se agravará más si se tiene en cuenta el hecho objetivo de que la población envejece sostenidamente. Sostuvieron, asimismo, que el sistema de Isapres sería injusto, aludiendo, a los efectos de fundar tal afirmación, al siguiente ejemplo: se otorga a los ancianos un paraguas cuando hay sol y se les quita en plena tormenta. Pidieron considerar que la edad no es relevante en esta materia, sino que lo que importa es el estado de salud de la persona, pues se puede tener 40 años de edad y un corazón de una persona de 60. También se refirieron al compromiso adquirido por el

Estado chileno en la Conferencia de Madrid, en el sentido de no discriminar a la vejez, asumiendo que la edad promedio de la población va en aumento. Sostuvieron que el incremento del precio de los planes de salud en el sector privado sería un verdadero “impuesto a la edad” y que en el sistema público la atención del adulto mayor es gratuita, habiéndose anunciado la posibilidad de la eliminación paulatina de la cotización del 7% que ellos pagan actualmente. Esta circunstancia llevará, a su juicio, a que el sistema público deba recibir a todos quienes no puedan seguir soportando el mayor costo de mantener un plan en el sector privado —a los adultos mayores y a los niños, fundamentalmente-, sin que éste presente en la actualidad y con los recursos de que dispone, condiciones aptas para ello. Los mismos profesionales calificaron de distorsionadas las argumentaciones que se han dado en cuanto a los efectos que produciría la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, pues sería un hecho que el sistema debe hacerse cargo de la diferencia de costos. Los facultativos agregaron que, a su entender, el fondo del asunto es valórico: la valoración y el respeto al adulto mayor.

6. Pablo Contreras Vásquez, Gonzalo García Pino, Tomás Jordán Díaz y Álvaro Villanueva Rojas, todos profesores de Derecho Constitucional, representados por el abogado Gonzalo García:

Hicieron presente al Tribunal que ellos no representan interés corporativo alguno, compareciendo en su calidad de académicos y como usuarios del sistema privado de salud. Luego argumentaron que esta Magistratura no estaría obligada a pronunciarse sobre los efectos de la inconstitucionalidad y que, sobre este aspecto, reconocen que ha habido una campaña para generar confusión. En control abstracto, señalaron, debe haber total prescindencia de la aplicación de la norma. Citaron, como casos de igualdad, los acaecidos en Estados Unidos sobre segregación racial en escuelas, cuando la Corte Suprema de ese país señaló que se iniciaba un proceso y se marginó de las consecuencias. Hicieron hincapié en cuanto a que existe un problema del ordenamiento legal en Chile al violarse la igualdad de trato. También razonaron sobre la base de que la constitucionalidad de la norma de que trata este proceso permitiría renunciar a derechos fundamentales vía contrato. Sobre este particular indicaron que los elementos irrenunciables del contrato de salud ya fueron fijados por esta Magistratura en sus fallos de inaplicabilidad previos a la apertura de estos autos. Expresaron, también, que se configuraría una violación a la reserva legal relativa de derechos fundamentales del artículo 19 numeral 2° de la Constitución y, en tal medida, se adujo que el precepto cuestionado establece normas proporcionadas de diferenciación en la fijación de un precio, dejando fuera los factores sexo y edad, que quedan cuestionados. Agregaron que habría una reserva de ley negativa, que admite la colaboración reglamentaria. En este punto en particular, observaron que entre los 2 y los 80 años de edad la estructura de la tabla de factores debe ser determinada por la Superintendencia del rubro y ello implica que ha sido el legislador el que ha dejado entregada a la Administración la regulación de un derecho fundamental. A su entender, por otra parte, la norma legal de que se trata admitiría un trato discriminatorio no previsto por la Constitución, ya que invocando tal disposición las Isapres han procedido a crear una categorización por grupos de personas beneficiarias de los planes de salud que ellas ofrecen, fundada en una presunción de riesgo que no necesariamente está justificada. Ello, advirtieron, sería un problema de la ley en examen. Denunciaron, asimismo, que se vulneraría el contenido esencial del derecho de libre elección del sistema de salud

que se asegura a toda persona en la Constitución, ya que la norma legal, como efecto de su aplicación, obliga a quienes no pueden seguir pagando las constantes alzas de precios de los planes de salud a salir del sistema privado.

VII. OTRAS PRESENTACIONES.

Comparecieron en este proceso acompañando informes, sin haber solicitado que se les escuchara en las audiencias señaladas, las siguientes instituciones:

1. **Altura Management, representada por sus directores Bernardo Luque López y Victoria Beaumont Hewitt:** En su presentación de 20 de mayo de 2010 -fojas 106 a 114 del Cuaderno Especial-, esta empresa consultora acompañó un informe titulado "*Viabilidad del Sistema Isapre Sin Tabla de Factores*", en el cual, según se indica, se intenta analizar las consecuencias que generaría para el cotizante y para las Isapres la eliminación –derogación- de la tabla de factores como mecanismo de asignación de riesgo en los contratos de salud y la eventualidad de que tras ello surja la idea de establecer una tarifa plana.

2. **Isapre Masvida S.A.:** A través de su Gerente General, señor Erwin Sariego Rivera, dicha entidad, mediante presentación de 20 de mayo de 2010 – fojas 455 a 460 vuelta del Cuaderno Especial-, pidió al Tribunal: "*Tener presente en la audiencia pública y vista de la causa que los representantes de Isapre MASVIDA suscriben en todo las actuaciones y alegaciones formuladas por la Asociación de Instituciones de Salud Previsional A.G.*".

3. **Colegio Médico de Chile (A.G.):** En presentación de fecha 12 de mayo de 2010, que rola a fojas 462 del Cuaderno Especial, el Presidente del organismo, señor Pablo Rodríguez Whipple, acompañó a este proceso un documento titulado "*Uso de Tablas de Factores de Riesgo para determinar el Precio de los Planes de Salud en las Isapre*", elaborado por el señor Jaime Burrows Oyarzún y aprobado por el Departamento de Ética del mismo colegio profesional.

VII. VISTA DE LA CAUSA Y ADOPCIÓN DEL ACUERDO:

El día 27 de mayo de 2010 tuvo lugar la vista de la causa, escuchándose la relación y laci A FOJAS UNO requirientesibir el Levonorgestrel 0,75 mg. por ser contrario al ordenamiento constitucional vigente en nuelos alegatos del abogado señor Teodoro Ribera Neumann, en representación del señor Presidente de la República.

Concurrieron a ella los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Como consta en la certificación que rola a fojas 183, el Ministro señor José Luis Cea Egaña no concurrió al acuerdo adoptado por el Tribunal el día 27 de julio de 2010, no obstante haber participado en la vista de la causa, por haber cesado en su cargo con anterioridad a esa fecha, produciéndose, en consecuencia, la situación prevista en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

CONSIDERANDO:

I. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL COMO ATRIBUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

1. LA INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.

PRIMERO: Que la institución de la inconstitucionalidad de un precepto legal, entendida como control abstracto, a posteriori y con efectos generales o *erga omnes*, se encuentra muy extendida en el constitucionalismo moderno, abarcando no sólo los

ordenamientos jurídicos norteamericano y europeo, sino a varios países de América Latina. Esta declaración de inconstitucionalidad, como control a posteriori, ha sido definida por el ex presidente de esta Magistratura, Juan Colombo Campbell, como: *“Un contencioso objetivo que se genera una vez dictada la ley o el acto administrativo cuestionado de inconstitucionalidad. En el derecho comparado es la facultad típica de la Corte Suprema norteamericana y en Europa y América Latina de los Tribunales Constitucionales”* (Juan Colombo Campbell: Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia, en: Francisco Zúñiga Urbina (coordinador): Reforma Constitucional, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 559);

SEGUNDO: Que es sabido que la excepcional facultad de un órgano jurisdiccional para derogar una ley proveniente de los órganos colegisladores portadores de la voluntad popular se inauguró bajo la denominación de *judicial review* en 1803 con la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos dictada en el caso *Marbury versus Madison*, mediante la interpretación de la Constitución que la propia Corte hizo en relación con sus atribuciones constitucionales: *“La demanda fue rechazada como no admisible, pero en su argumentación para llegar a la decisión el chief justice Marshall sentó la base para el control de constitucionalidad”* (Wolfgang Hoffmann-Riem: La división de poderes como principio del ordenamiento, en: Konrad Adenauer Stiftung, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007, Tomo I, p. 221);

TERCERO: Que durante la elaboración de la Constitución de Estados Unidos, Alexander Hamilton expresó: *“Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución, puede ser válido”* (*“No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid”*). Basándose en esta opinión, que no quedó reflejada en el texto aprobado en 1787, el juez John Marshall, Presidente de la Corte mandatado por sus pares, señaló: *“La Constitución o es una ley suprema, que no se puede modificar por la ley común, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios (...) Si la primera parte de esta alternativa es correcta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley. Es, de modo categórico, competencia y deber del juez decir lo que la ley es”*, concluyendo: *“una ley contraria a la Constitución es nula, y los tribunales, así como los otros poderes del Estado, están obligados por aquella”* (*“The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts (...) If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law (...) It is, emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what the law is”*, añadiendo: *“a law repugnant to the Constitution is void; and that courts as well as other departments, are bound by that instrument.”* (Everett Carlil Ladd: The American Polity, Norton & Company, New York/London, 1991, Fourth Edition, p. 251);

CUARTO: Que la competencia de los Tribunales Constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales se impuso en Europa, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, al establecerse en varios países tales Magistraturas, siguiendo la iniciativa, aunque no necesariamente el modelo, formulada por Hans Kelsen en la segunda década del siglo XX y concretizada en el establecimiento del Tribunal Constitucional austríaco en 1920, como *“Hüter der Verfassung”* (*“Guardián de la Constitución”*). (Una descripción comparada de las magistraturas constitucionales europeas se encuentra en la obra del profesor de Salzburgo, Friedrich Koja: Allgemeine Staatslehre (Teoría General del Estado,) Wien, 1993, p. 314). Esta innovación jurídica, material y formal, inauguró una fase que *“los textos constitucionales, más que fundamento de validez superior del ordenamiento, pasan a consustanciar la propia actividad política estatal a partir del establecimiento de los derechos fundamentales sociales y de los*

mecanismos para su concretización” (Lenio Luiz Streck: Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales, en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2007, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 397);

QUINTO: Que, por su parte, en América Latina la tendencia descrita se difundió en las últimas décadas del siglo XX con el establecimiento de Tribunales Constitucionales, así como a través de la asignación a Salas de las Cortes superiores de la competencia para conocer los asuntos de jurisdicción constitucional. Como lo señala una completa obra de reciente publicación sobre la materia (Humberto Nogueira: El Derecho Procesal Constitucional y la Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica y sus Evoluciones, CECOCH, Santiago de Chile, 2009, pp. 198-199): *“En el contexto latinoamericano se han desarrollado un conjunto de modelos de control de constitucionalidad que desbordan el estrecho marco conceptual del modelo norteamericano de control difuso y el modelo germano austríaco de control concentrado en un Tribunal Constitucional, generándose sistemas mixtos con distintas dosis de ambos modelos originarios o desarrollando fórmulas originales”*;

SEXTO: Que, a diferencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, que ocupa la cúspide de la organización federal de justicia, los Tribunales Constitucionales europeos conforman una jurisdicción separada y autónoma del Poder Judicial, dotados de la facultad de interpretación vinculante de la Constitución y del control concentrado del apego a ella de las normas jurídicas. Dentro de tal estructura jurídica, que abarca la protección de los derechos y garantías fundamentales y la resolución de los conflictos entre los órganos públicos, cabe la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica expedida por los órganos colegisladores;

SÉPTIMO: Que la citada atribución ofrece varias modalidades, provenientes de las diferentes tradiciones jurídicas en las que rigen y de las formas de gobierno o de Estado en que se organizan. En general, sin embargo, a diferencia del ordenamiento chileno, donde está diseminada en varias atribuciones del artículo 93 constitucional, la atribución de declarar la inconstitucionalidad agrupa no sólo los preceptos legales, abarcando disposiciones que se denominan *“disposiciones normativas con fuerza de ley”* (España) o *“acto con rango de ley”* (Italia), o simplemente *“normativa”*, como está establecido en el artículo 93, apartado 1, número 2 de la Ley Fundamental Alemana, y con lo que se alude a decretos del gobierno, estatutos territoriales o reglamentos parlamentarios. O los artículos 139 y 140 de la Ley Constitucional Federal austríaca, que señalan como revisables los decretos, las leyes refundidas, las leyes propiamente tales y los tratados. Además, la regla general es que la resolución de los asuntos de constitucionalidad en el control abstracto de normas es tramitada por los Tribunales Constitucionales en instancia única, sin mediar recursos frente a la decisión adoptada, aun cuando en la mayoría de los casos los actores legitimados son los órganos públicos y no se admite actuar de oficio. Debe agregarse, sin embargo, que en todos esos casos los Tribunales Constitucionales conocen de los recursos de amparo de garantías constitucionales;

OCTAVO: Que incluso en Gran Bretaña, donde por la peculiaridad de su proceso constitucional -basado en el parlamentarismo clásico- no es admisible la revisión de las leyes por parte de un tribunal, existen precedentes de objeciones jurisdiccionales a la formalidad de las leyes, especialmente a las leyes que se conocen como *“leyes privadas”* que conciernen a determinadas personas o grupos de personas, como ayuntamientos o empresas públicas o privadas. En un fallo de la Corte de Apelación de los años setenta se lee la opinión de un juez: *“En mi opinión es función del Tribunal ver que no se abusa del procedimiento del Parlamento mismo y que no se saca ventaja indebida de él. Haciendo*

esto el tribunal no está violando la jurisdicción del mismo Parlamento. Está actuando en ayuda del Parlamento y, podría añadir, en ayuda de la justicia “(Ignacio Torres Muro: El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra, en: Revista Española de Derecho Constitucional, volumen 15, número 43, 1995, p. 68);

NOVENO: Que la potestad de la mayoría de los tribunales constitucionales europeos para controlar a posteriori las leyes se ha extendido incluso a la esfera comunitaria, pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ejercido por décadas una especie de control del conjunto de instrumentos jurídicos que han conformado una Constitución no escrita de la Europa comunitaria. Este control se ha ejercido a través del recurso por incumplimiento, del recurso de anulación, del recurso por omisión y de las cuestiones prejudiciales. Esta actividad jurisdiccional supranacional ha sido entendida como control de constitucionalidad *“en la medida en que posibilita la revisión de la conformidad de los actos normativos de carácter general con los Tratados constitutivos”* (José Ignacio Martínez Estay: El sistema europeo-continental de justicia constitucional. El control de constitucionalidad en la Unión Europea, en: Estudios Constitucionales, año 3, N° 2, 2005, p.74);

DÉCIMO: Que con el contexto jurídico comparado descrito, la declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento constitucional chileno presenta similitudes y diferencias. Desde luego, la atribución entregada al Tribunal Constitucional chileno es análoga a la de sus congéneres europeos y a la Corte Suprema de Estados Unidos en su capacidad para revisar una ley según su compatibilidad con la Constitución. Se trata de una de las características más innovadoras desde el punto de la doctrina y del derecho constitucional de los últimos dos siglos, pues relativiza formalmente el poder de los órganos legitimados por el principio de la soberanía popular para dictar, reformar y derogar las leyes. Esta innovación, debatida durante mucho tiempo, es hoy en día no sólo aceptada, sino que elogiada en el debate jurídico constitucional. Esta consolidación resume la doctrina, refiriéndose al caso alemán: *“Es ésa la vía, por un lado, por la que se depura el ordenamiento jurídico, expulsando de su seno las normas inconstitucionales, y, por otro, es un procedimiento típico de garantía y de control de los derechos de las minorías, en particular de los de la oposición parlamentaria, frente a los proyectos aprobados por la mayoría.”*(Rainer Grote: El Tribunal Constitucional Alemán como Supremo Guardián de la Constitución, en: Universidad de Chile/Heidelberg Center para América Latina, et. al. (Editores): Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, Santiago de Chile, 2005, p. 159);

DECIMOPRIMERO: Que una segunda coincidencia del ordenamiento chileno con gran parte de las instituciones comparadas se presenta en el carácter abstracto de este control. En palabras de la doctrina: *“El recurso de inconstitucionalidad es un control abstracto, es decir, un control de constitucionalidad de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso concreto”* (Javier Pérez Royo: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2007, undécima edición, p. 810).

Sin embargo, se ha observado, por parte de los expertos, que en ningún otro ordenamiento se establece la vinculación que en nuestro ordenamiento se prevé entre las declaraciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, en términos de requisito para la procedencia del recurso, cuya naturaleza será examinada en esta sentencia. Esta circunstancia limita la posibilidad de situar rigurosamente nuestra institución en una perspectiva comparativa (Lautaro Ríos: Análisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado, en: Konrad Adenauer Stiftung: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009, Montevideo, 2009, pp. 349-365);

2. EL SUSTENTO JURÍDICO POSITIVO DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL EN CHILE.

DECIMOSEGUNDO: Que el artículo 93, inciso primero, número 7°, de la Constitución Política establece que es atribución del Tribunal Constitucional: *“Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”;*

DECIMOTERCERO: Que el inciso duodécimo del mismo artículo 93 señala: *“Una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”;*

DECIMOCUARTO: Que el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución establece: *“En el caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”;*

DECIMOQUINTO: Que el Párrafo 7 del Título II del Capítulo II de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, reformada por la Ley N° 20.381, de fecha 28 de octubre de 2009, dispone las normas a las que debe ajustarse la tramitación de las *“Cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”*, señalándose en el artículo 47 O: *“En los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas”;*

DECIMOSEXTO: Que el artículo 47 V del cuerpo legal citado agrega: *“La declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”;*

DECIMOSÉPTIMO: Que, asimismo, el artículo 47 W de la misma ley dispone: *“La sentencia que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal, será publicada en la forma y plazo establecidos en el artículo 31 bis. El precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, sin efecto retroactivo”;*

DECIMOCTAVO: Que en la sentencia de esta Magistratura recaída sobre el control obligatorio del proyecto de ley que modificó la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Rol 1288, se señaló, en su considerando N° 14, que la oración *“la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*, del mencionado artículo 47 V, entre otras similares de distintos artículos de la misma ley, *“son constitucionales en el entendido que aluden a la o a las sentencias de inaplicabilidad en que se base la cuestión promovida o se funde la resolución preliminar o la declaración de inconstitucionalidad a que ellos se refieren, puesto que dichas sentencias pueden ser una o varias”;*

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL.

DECIMONOVENO: Que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, establecida en el número 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, ha sido uniformemente descrita e interpretada a través de la jurisprudencia de esta Magistratura;

VIGÉSIMO: Que el 26 de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en la causa Rol 681, declarando, por primera vez en la historia constitucional de Chile, la inconstitucionalidad de un precepto jurídico -el artículo 116 del Código Tributario-. Sobre el contenido y alcance de la facultad ejercida, la sentencia señaló que esta *“nueva atribución conferida al Tribunal Constitucional, tiene directa relación con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley”*, agregándose, en el considerando sexto que se transcribe, que ella *“afecta, al mismo tiempo, el principio de certeza jurídica”*;

VIGESIMOPRIMERO: Que en la misma sentencia este Tribunal advirtió que la declaración de inconstitucionalidad *“en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático”*. En esta línea de razonamiento, en el mismo considerando séptimo de la sentencia que se cita se señala que esta competencia del Tribunal *“procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución”*;

VIGESIMOSEGUNDO: Que la envergadura de esta nueva atribución del Tribunal Constitucional y la repercusión que su ejercicio produce en el ordenamiento jurídico han sido asumidas nítidamente por la jurisprudencia producida por esta Magistratura. En efecto, en sentencia de fecha 5 de junio de 2007, recaída en causa Rol 558, que rechazó la acción de inconstitucionalidad formulada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal, esta Magistratura sostuvo que *“es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo -expresión éste (sic) irrecusable de la soberanía popular- , sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto”*, agregándose en el mismo fallo que: *“Una decisión de tal envergadura requiere la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma”*;

VIGESIMOTERCERO: Que en sentencia de 26 de mayo de 2009, en causa Rol 1345, que declaró la inconstitucionalidad de determinadas expresiones del artículo 171 del Código Sanitario, esta Magistratura diferenció nítidamente entre la atribución de la cual dispone para resolver sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal y aquella que lo habilita para resolver su inaplicabilidad por inconstitucionalidad en una gestión judicial pendiente, sosteniendo que *“los exámenes propios de la acción de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, tanto por su regulación constitucional como por sus efectos en las respectivas sentencias, son de naturaleza diversa. Así, el primero exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado -que constituye la gestión pendiente- es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que*

la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso. En cambio, el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental. Por lo mismo, este Tribunal ha sostenido que no constituye un deber, sino una facultad declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable”;

4. LA HISTORIA FIDEDIGNA DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

VIGESIMOCUARTO: Que el instituto de la inconstitucionalidad como control abstracto de un precepto legal vigente con efectos generales, ya encontró gérmenes durante la redacción del proyecto de Constitución que vino a dictarse en 1980. En efecto, hubo dos intentos concretos para introducirlo a través de un artículo propuesto por la Subcomisión de Justicia de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y mediante un artículo introducido en el Anteproyecto que la mencionada Comisión elevó al Consejo de Estado. El primero de estos artículos, que llevaba el número 86 bis, referido a la inaplicabilidad como atribución de la Corte Suprema, disponía que *“después de tres fallos, en un mismo sentido, acogiendo el recurso, la inaplicabilidad producirá efectos generales”*. La segunda disposición, que reemplazaba a la anterior, convertida en artículo 88 N° 12, entregaba al Tribunal Constitucional la atribución de *“declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de un precepto de acuerdo a lo prescrito en el inciso final de este artículo”*, el que, a su vez, disponía que la Corte Suprema deberá requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando haya declarado la inaplicabilidad de un precepto en tres fallos uniformes y consecutivos. Agregaba que si el Tribunal declaraba que tal precepto se ajustaba a la Constitución, no podía volver a declararlo inaplicable (Enrique Navarro Beltrán: Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad de las leyes, en: Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año X, N° 10, 2006, pp. 65-66);

VIGESIMOQUINTO: Que esta modalidad de control fue reiterada por la Corte Suprema en el informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado durante el primer trámite de la discusión de las reformas constitucionales de 2005: *“(la Corte) fue de parecer que el recurso de inaplicabilidad existente, en la forma como se encuentra concebido, debe continuar siendo de la competencia de la Corte Suprema, sin perjuicio de las innovaciones adecuatorias que podrían formularse. Como sería, por ejemplo, que después de tres fallos uniformes que acojan la inconstitucionalidad de un precepto legal, la Corte comunique el antecedente al Tribunal Constitucional para los efectos sancionatorios de carácter general que también deberían establecerse. La modificación constitucional a este respecto sería, en consecuencia, menor, más simple y de la misma efectividad que la insinuada”* (Emilio Pfeffer Urquiaga: Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-Debates-Informes, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 380);

VIGESIMOSEXTO: Que una variante de esa proposición fue reiterada durante la discusión de la reforma constitucional de 2005, a través de la comparecencia del entonces Ministro del Tribunal Constitucional, señor Eugenio Valenzuela Somarriva, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el primer trámite legislativo, quien sugirió que *“después de tres fallos uniformes (del Tribunal Constitucional), en recursos de inaplicabilidad distintos, nacería la segunda acción, la de inconstitucionalidad. Si ésta se acoge, traería como consecuencia que la ley quede sin efecto con carácter general”*;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que en comparecencia similar, el entonces Ministro del Tribunal Constitucional, señor Juan Colombo Campbell, abogó por conferir a la sentencia que declare la inconstitucionalidad el efecto de *“expulsar la norma del ordenamiento jurídico”*, agregando que este cambio puede parecer radical, pero no vulnera atribuciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Por el contrario, señaló, *“proporciona la eficacia con la que los propios legisladores quieren dotar al Tribunal, además de constituirlo en un verdadero guardián de la Constitución”*. En una segunda comparecencia, el Ministro señor Valenzuela Somarriva profundizó su opinión respecto de los efectos, rechazando la derogación de la norma una vez declarada su inconstitucionalidad: *“El criterio es que hay una inconstitucionalidad y no una derogación. Esa es la correcta doctrina, porque la inconstitucionalidad y la derogación son dos institutos jurídicos diferentes y la inconstitucionalidad es siempre previa a la derogación. Para que haya derogación tácita es necesario que dos textos se contrapongan y desde el momento en que los textos legal y constitucional se contraponen ya se generó el vicio de inconstitucionalidad. En consecuencia, la derogación no tiene sentido; hay derechamente una inconstitucionalidad y no una derogación”* (Emilio Pfeffer Urquiaga: ob.cit., pp. 375, 379 y 384).

De lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación *sui generis*, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro;

VIGESIMOCTAVO: Que el veto N° 18 del Presidente de la República sobre la reforma constitucional describió la envergadura de la nueva atribución del Tribunal Constitucional con los siguientes términos: *“el acto que caracteriza la expresión moderna de los Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia, puesto que, a diferencia de los demás órganos del Estado, que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de la última ratio que dicha fórmula exige”*;

5. LA RELACIÓN ENTRE LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DE INAPLICABILIDAD.

VIGESIMONOVENO: Que, como ya se ha señalado en los considerandos vigesimoprimeros a vigesimoterceros de esta sentencia, el constituyente y el legislador orgánico vincularon la declaración de inconstitucionalidad con la de inaplicabilidad, tanto en su relación de existencia como en su contenido. Por una parte, la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal es condición *sine qua non* para que el mismo precepto sea declarado inconstitucional. Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad debe fundarse únicamente en los preceptos constitucionales considerados trasgredidos por la sentencia de inaplicabilidad previa que le da sustento;

TRIGÉSIMO: Que la primera dimensión de la vinculación señalada entrega una base de certeza respecto a los antecedentes que obran en poder de la Magistratura para acometer una decisión de la envergadura de expulsar el precepto del ordenamiento

jurídico. Como se ha señalado por la doctrina desde esta Magistratura: *“Ciertamente es que la declaración de inconstitucionalidad supone que, previamente, el precepto legal impugnado haya sido declarado inaplicable por el mismo Tribunal, pero debe considerarse, al mismo tiempo, que la inconstitucionalidad sólo procederá si, desde ninguna perspectiva o interpretación, es posible conciliar el aludido precepto con la Carta Fundamental. De aquí se deduce que las declaraciones previas de inaplicabilidad no importan una inconstitucionalidad automática”* (Marisol Peña Torres: Cuatro Estudios de Justicia Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 36, p. 37);

TRIGESIMOPRIMERO: Que, sin embargo, la vinculación entre ambas instituciones adiciona al examen de constitucionalidad la exigencia, no usual en el derecho comparado, de condicionar el control abstracto al control concreto de constitucionalidad, aun cuando, como se ha explicado en el considerando vigesimotercero de esta sentencia, se trata de dos facultades jurisdiccionales de distinta naturaleza. No sólo la inaplicabilidad se refiere a una gestión judicial pendiente, esto es, a un caso concreto que conoce la judicatura, sino que su verificación se produce después de examinar los resultados que tendrá la aplicación del precepto cuestionado. La inconstitucionalidad, por su parte, no se encuentra definida en la Constitución ni en la ley orgánica. Sus contornos son definidos por la atribución que el número 7° del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental entrega al Tribunal Constitucional para autorizar su declaración respecto de un precepto legal ya declarado inaplicable, así como por el inciso decimosegundo del mismo artículo, que determina el procedimiento para su tratamiento, y por el efecto derogatorio, compartido con otras declaraciones, que se le atribuye en el tercer inciso del artículo 94 de la Constitución. Esas tres reglas determinan que la inconstitucionalidad sea un control abstracto y con efecto *erga omnes*;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que la situación descrita sobre las relaciones entre la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad introduce, inevitablemente, en el examen abstracto de inconstitucionalidad que nos ocupa en autos, el examen concreto de las sentencias que sirven de apoyo al proceso. Esta imposibilidad práctica de separar ambos controles se hace más evidente con la segunda dimensión de la relación entre ambos institutos sobre la delimitación en la infracción de las disposiciones constitucionales vulneradas;

TRIGESIMOTERCERO: Que la declaración de inconstitucionalidad debe recaer sobre los mismos artículos de la Constitución invocados en las resoluciones previas de inaplicabilidad. Sin embargo, debe considerarse que tal infracción ha recaído sobre la aplicación del precepto cuestionado en un caso concreto, en una gestión pendiente, razón por la cual el Tribunal, al ejercer control abstracto de constitucionalidad no puede limitarse a reproducir los mismos razonamientos y análisis efectuados en el análisis de los casos concretos;

6. LA VOZ “PRECEPTO LEGAL” EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

TRIGESIMOCUARTO: Que la voz *precepto legal* empleada en las disposiciones constitucionales y legales que conciernen a la materia de autos, ha sido objeto de abundante tratamiento en los fallos de esta Magistratura (sentencias roles N°s. 626, 944, 1254, 1345, 1416 y 1535);

TRIGESIMOQUINTO: Que en el fallo recaído en la causa de inaplicabilidad Rol 626, este Tribunal declaró: *“Ni la Constitución ni la ley definen lo que es un precepto (legal), término que acota lo que esta Magistratura puede declarar inaplicable. La doctrina y la jurisprudencia no han dudado que tal expresión es equivalente a la de “norma jurídica” (de rango legal). Así, la Corte Suprema señaló, más de una vez, que el término precepto*

legal es indicativo “de una norma o artículo de algún precepto legal; esto es, de una regla a la que debe ajustarse la conducta humana”;

TRIGESIMOSEXTO: Que resulta necesario señalar en primer lugar que la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, alude en su artículo 47 W a *“la sentencia que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal”*, precisando así el ámbito en el que puede recaer la decisión de autos. Desde luego, la declaración de inconstitucionalidad resuelta en la causa Rol 1254, respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, recayó sobre una expresión, una palabra del mencionado precepto, la voz *“gratuitamente”*, misma a la que se habían restringido las declaraciones previas de inaplicabilidad que le dieron sustento;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que en los considerandos decimoprimeros al decimotercero de la sentencia recién citada, se especifica el entendimiento sobre la expresión *precepto legal* que sustenta esta Magistratura en los términos siguientes: *“Que, como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica con rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un precepto legal a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución (roles N°s 626/2007 y 944/2008)”. De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma”;*

TRIGESIMOCTAVO: Que en la sentencia Rol 626 esta Magistratura agregó la siguiente precisión sobre el alcance de la expresión *“precepto legal”*: *“En consecuencia, es efectivo que un precepto legal puede ser sólo una parte del enunciado normativo que compone un mismo artículo o inciso de una ley y es perfectamente posible que el precepto que resulta contrario a la Constitución sea una parte del artículo o sólo una parte del inciso”;*

TRIGESIMONOVENO: Que, en consecuencia, la voz *“precepto legal”* a la que aluden los números 6° y 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución y, en especial, los artículos 47 V y 47 W de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, y a la que debe ajustarse el tratamiento de la cuestión de autos, no debe, necesariamente, abarcar el texto de un artículo completo, manteniéndose como *“una unidad lingüística que establezca las conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas”* (considerando séptimo de la sentencia interlocutoria de inadmisibilidad en la causa Rol 626);

7. SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

CUADRAGÉSIMO: Que los efectos de todas las sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente de aquellas que, como en la especie, resuelvan una cuestión de constitucionalidad, deben entenderse a la luz del principio de la **supremacía constitucional** consagrado en el artículo 6° de la Constitución, especialmente desde dos perspectivas fundamentales. Por una parte, el deber de observancia que a ella deben los titulares e integrantes de los órganos del Estado y, por la otra, su irradiación a toda persona, institución o grupo. El sustento de esta segunda perspectiva es que la comunidad tiene también *“el deber de reconocer, respetar y amparar los derechos fundamentales de sus integrantes, sometiéndose tanto a su soberanía y a las autoridades legítimas que la ejerzan, como a los principios democrático y de juridicidad”* (Jorge Reyes

Riveros: La Supremacía Constitucional en Chile, en: Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año XI, N° 11, 2007, p. 110);

CUEDRAGESIMOPRIMERO: Que los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile, después de su transformación a través de la reforma constitucional de 2005, han sido objeto de varios estudios en la doctrina nacional. En el último de ellos, se lee: *“Así queda expresamente consagrado en el texto constitucional que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efecto ex nunc desde su publicación en el Diario Oficial. Así, ni el legislador orgánico constitucional ni el Tribunal Constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias del juez constitucional que expulsen preceptos jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico por inconstitucionales”*.

“La Constitución no asume la hipótesis de desvincular la decisión de separar el precepto jurídico inconstitucional del ordenamiento jurídico de la determinación de qué pasa con los actos jurídicos desarrollados mientras el precepto expulsado del ordenamiento tuvo vigencia”.

“Los efectos del precepto jurídico determinado como inconstitucional es un problema empírico que no se encuentra resuelto por la decisión de inconstitucionalidad y tampoco por la resolución que priva de eficacia al precepto inconstitucional hacia el futuro, lo que significa un pronunciamiento sobre borrar o validar los efectos cumplidos en el pasado, lo que debe ser decidido por el juez constitucional, ya que la sentencia constitucional ocupa el lugar dejado por el precepto jurídico inconstitucional y nulo” (Humberto Nogueira: La Sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas, en: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, pp. 79-116);

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que las decisiones del Tribunal Constitucional están obligadas a fallarse *“de acuerdo a derecho”*, según el nítido mandato del artículo 92 de la Constitución, sin perjuicio de que deben ser adoptadas por sus miembros a la luz del sitio que le otorga el ordenamiento jurídico.

En efecto, no es ajeno a la atención de esta Magistratura que a ella le cabe la función de ser lo que los especialistas denominan el *“órgano de cierre del ordenamiento jurídico”*, pues, junto con interpretar la Carta Fundamental, sus decisiones no pueden ser impugnadas ni revisadas. En consecuencia, todas las implicancias de sus resoluciones que se extiendan a la seguridad jurídica, a la eficacia de las normas, así como a la coherencia de todo el ordenamiento jurídico, se incorporan en la ponderación global que acompaña a sus fallos (Humberto Nogueira: El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias, en: Konrad Adenauer Stiftung: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Montevideo, 2006, pp. 454-455);

CUADRAGESIMOTERCERO: Que, igualmente, como lo ha destacado el ex magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, Dieter Grimm, *“frecuentemente la pregunta por la función (del Tribunal Constitucional) es reducida a la alternativa entre derecho y política. Empero estos términos opuestos parecen ser demasiados gruesos para abarcar la jurisdicción constitucional. En gran medida el derecho constitucional requiere ser concretado y desarrollado debido a su carácter de principio y de compromiso”* (Dieter Grimm: Jurisdicción Constitucional, en: Dieter Nohlen (ed.): Diccionario de Ciencia Política, Editorial Porrúa, México, tomo II, 2006);

CUADRAGESIMOCUARTO: Que es posible, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas

estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural. Visto el problema desde otra perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado;

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, considerando los efectos extrajurídicos que inevitablemente pueden producir las sentencias del Tribunal Constitucional, es indispensable mencionar el rol de *legislador negativo*, de *órgano defensivo*, o de *guardián de la Constitución* que esta clase de magistraturas cumplen en los respectivos ordenamientos constitucionales y que tienen expresión en el derecho chileno. En efecto, la generalidad de los tribunales constitucionales decide sobre lo que **no** se debe hacer en un Estado, resguardan el orden constitucional, garantizan la supremacía constitucional y, en tal sentido, son defensivos;

CUADRAGESIMOSEXTO: Que lo expresado contrasta con una función propositiva o activa que en algunos casos europeos el ordenamiento permite. El Tribunal Constitucional de Chile puede declarar que un precepto jurídico vulnera la Constitución y, en consecuencia, producirse su derogación. O sea, la desaparición del ordenamiento desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que así lo ordena. Sin embargo, una vez adoptada tal resolución, a esta Magistratura no le está dada la atribución de señalar al colegislador cuál debiera ser la norma que reemplace al precepto derogado. Este Tribunal no es colegislador. Y la apreciación que sobre las bondades o carencias de este criterio pudiera formularse, tampoco es de su competencia;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que asociar la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal con un efecto jurídico negativo lleva inherente la interrogante sobre su propia existencia y conveniencia. En efecto, la declaración de inconstitucionalidad se verifica sobre un precepto vigente, que se encuentra cumpliendo una función jurídica, tanto que sobre él ha debido recaer previamente una sentencia de inaplicabilidad en una gestión pendiente en la que su aplicación podía ser decisiva para resolver el asunto controvertido. Si el ordenamiento jurídico permite esta situación, es porque su verificación no amenaza su existencia o su eficacia, sino, más bien, contribuye a su sana depuración;

CUADRAGESIMOCTAVO: Que la eventual antinomia entre derogación y nulidad, ocasionalmente válida en el derecho común sustantivo y procesal, presenta matices específicos en la jurisdicción constitucional. La doctrina chilena advirtió sobre esta materia recién aprobada la reforma constitucional de 2005 y antes de resolverse la primera declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura. Un destacado exponente de la doctrina lo expresó de este modo: *“la derogación y la anulación (inconstitucionalidad) no son conceptos homologables, ya que pertenecen a ámbitos distintos: el primero a la producción de normas (actos estatales) de un ordenamiento y el segundo al control de normas”*. Esta conclusión doctrinaria la obtiene el autor después de efectuar un análisis sobre el nuevo instituto de la inconstitucionalidad en el derecho chileno: *“A nuestro juicio la inconstitucionalidad es una sanción específica en el género de las nulidades en Derecho Público, que opera por infracción de la Constitución, y que en cuanto parte integrante de un sistema de garantías configura la jurisdicción constitucional”* (Francisco Zúñiga Urbina: Control de Constitucionalidad y Sentencia, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 34, año 2006, p. 107);

CUADRAGESIMONOVENO: Que respecto de esta misma materia, la constitucionalista y ex ministra de esta Magistratura, profesora Luz Bulnes Aldunate, ha señalado: *“en el proceso de la reforma constitucional se debatió sobre el efecto derogatorio y el de nulidad de la norma declarada inconstitucional. La derogación se*

diferencia de la nulidad en que se produce al momento de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y no afecta los derechos adquiridos bajo el amparo de la ley inconstitucional; la nulidad en cambio opera con efecto retroactivo y puede afectar a tales derechos. En conformidad con el nuevo artículo 94 la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal produce la eliminación de la norma del ordenamiento jurídico desde la fecha de la publicación de la misma. Este punto tiene gran importancia, pues de él depende la posibilidad de adquirir y mantener derechos que nacieron al amparo de la ley inconstitucional” (Luz Bulnes Aldunate: Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la reforma constitucional, en: Revista Actualidad Jurídica, N° 13, enero de 2006, pp. 113-114);

II. EL PRECEPTO LEGAL SOMETIDO A DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

1. EL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933.

QUINGUAGÉSIMO: Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las leyes 18.933 y 18.469, dispone lo siguiente:

“Artículo 38 ter.- Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;

2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;

3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;

4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;

5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas

informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38.”;

QUINCUAGESIMOPRIMERO: Que, como se observa, el artículo 38 ter transcrito constituye una norma de estructura compleja, destinada a regular una serie de materias sobre la determinación del precio de los planes de salud contratados con las Instituciones de Salud Previsional, no sólo vinculadas estrechamente entre sí, sino también con otras disposiciones de la Ley N° 18.933. Tales características determinan que el examen de constitucionalidad de autos debe distinguir entre los diferentes aspectos que el precepto trata y tener en cuenta el efecto que una decisión de inconstitucionalidad tendría en las otras normas de la ley vinculadas con él;

QUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que el primer inciso de ese artículo está destinado a establecer el procedimiento para determinar el precio del plan de salud que cada afiliado está obligado a pagar a la respectiva Isapre, aun cuando contempla un componente dispuesto en el artículo 38 bis de la misma ley –correspondiente al artículo 198 del texto refundido de la ley- al que se aplican los factores que corresponden a cada beneficiario de acuerdo a la respectiva tabla;

QUINCUAGESIMOTERCERO: Que, dado que el artículo 38 bis al que alude el artículo 38 ter no se encuentra sujeto al examen de constitucionalidad de autos, el pronunciamiento de esta Magistratura no puede recaer sobre el precio base cuya determinación aquél regula, sino sobre los factores resultantes de las respectivas tablas;

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que la tabla de factores aludida es aquella definida en la letra n) del artículo 2º de la Ley N° 18.933, actual artículo 170 en el texto refundido de dicha legislación (D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005), en los términos siguientes:

“Artículo 170.- Para los fines (de la Ley N° 18.933) de este Libro se entenderá:

n) La expresión "tabla de factores" por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.”;

QUINCUAGESIMOQUINTO: Que en el segundo inciso del artículo 38 ter se dispone la obligación, que recae en la Superintendencia de Salud, de fijar, mediante instrucciones de aplicación general, la estructura de las tablas de factores que deberán utilizar las Isapres en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados. Como se observa, esta norma no hace sino reiterar lo ya establecido en el artículo 170 citado. Al mismo tiempo, la norma impone que la referida estructura considere los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o de carga, y los rangos de edad que se deban utilizar, conforme, esto último, a las reglas establecidas en su inciso tercero, a las que se hará alusión en seguida;

QUINCUAGESIMOSEXTO: Que en el segundo inciso del artículo 38 ter se dispone la obligación que recae en la Superintendencia de Salud, de fijar, mediante

instrucciones de aplicación general, la estructura de las tablas de factores que deberán utilizar las Isapres en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados. Como se observa, esta norma no hace sino reiterar lo ya establecido en el artículo 170 ya citado. **Esta norma faculta a la Superintendencia del ramo para ejercer esta potestad. Para determinar el contenido y los criterios conforme a los cuales ella debe ejercerse, hay que atender a lo prescrito en el inciso siguiente**, el cual impone que la referida estructura considere los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o de carga, y los rangos de edad que se deben utilizar conforme a las reglas establecidas en su inciso tercero.

Así, este inciso segundo sólo puede concebirse en relación a los numerales contenidos en el inciso tercero, en el cual se fijan los parámetros que debe considerar la Superintendencia al determinar la estructura de la tabla;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO: Que el tercer inciso del artículo 38 ter establece las reglas a las que debe sujetarse la fijación de los rangos de edad en las instrucciones impartidas por la Superintendencia, de las cuales tres se refieren directamente a los tramos de edad y las otras dos, a criterios de relación entre los factores. **La observancia de estas reglas es una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto;**

QUINCUAGESIMOCTAVO: Que las tres primeras reglas relativas a los rangos de edad están destinadas a fijar tramos según se sigue: i) Un tramo desde el nacimiento hasta menos de dos años, ii) Los tramos que van desde los dos años hasta los ochenta años, según límites de un mínimo de tres años y un máximo de cinco años, y iii) El o los tramos *“que correspondan”* después de los ochenta años, fijados por la Superintendencia. Debe señalarse que el segundo grupo de tramos es, en verdad, un amplio espacio etéreo en el que pueden tener cabida entre 15 y 26 tramos, dependiendo de la cantidad de años máxima o mínima establecida en la norma;

QUINCUAGESIMONOVENO: Que en el número 4 del mencionado inciso tercero del artículo 38 ter se establece el primer criterio de relación entre los factores, el cual consiste en entregar a la Superintendencia la facultad de fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de la tabla, diferenciada por sexo;

SEXAGÉSIMO: Que, sin embargo, fue el propio legislador el que fijó dicha relación entre factores para el primer período de diez años, por la Ley N° 20.015, de 17 de mayo de 2005 –la misma legislación que incorporó el artículo 38 ter bajo examen-. En efecto, su artículo segundo transitorio dispone: *“La relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter que se agrega a la ley N° 18.933 será, para el primer decenio contado desde la vigencia de la presente ley, de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres”*.

SEXAGESIMOPRIMERO: Que la Superintendencia de Salud materializó la facultad que le entrega el precepto legal bajo examen y que especificó el artículo segundo transitorio citado, a través de la Circular N° 6, de 2 de junio de 2005, denominada *“IMPORTE INSTRUCCIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LAS TABLAS DE FACTORES DE LOS PLANES DE SALUD COMPLEMENTARIOS”*. En dicho instrumento el referido organismo público estableció la estructura de la aludida tabla de factores, fijando los factores más altos y más bajos de acuerdo al tenor legal señalando: *“La relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla será de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, para el período comprendido entre el 1 de julio de 2005 y el 1 de julio de 2015”*;

SEXAGESIMOSEGUNDO: Que la correspondencia entre estas dos normas originadas en la misma ley –N° 20.015-, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter y el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, establece entre ellas un lazo jurídicamente indisoluble, de tal modo que ninguna de ambas cobra vigencia y eficacia sin el complemento de la otra. En efecto, el mandato que la ley le asigna a la Superintendencia del ramo para fijar *“cada diez años la relación máxima entre el factor más alto y el más bajo, diferenciada por sexo”* es inocuo sin la correspondiente determinación cuantitativa de uno y de otro extremo, así como respecto al sexo del beneficiario. Por su parte, ni la ley ni la Superintendencia podrían haber fijado cifras respecto de los mencionados factores sin remitirse al mencionado artículo 38 ter y a la cobertura que proporciona;

SEXAGESIMOTERCERO: Que a resultas de lo expresado y como se detallará, la indisolubilidad señalada presenta a las dos normas involucradas como un todo para los efectos del examen de constitucionalidad de autos;

SEXAGESIMOCUARTO: Que el segundo criterio de relación establecido en este inciso tercero del artículo bajo examen, se refiere a la correspondencia que debe existir entre los beneficiarios de un mismo plan, al señalar que *“en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo”*;

SEXAGESIMOQUINTO: Que los cuatro incisos siguientes del artículo 38 ter están destinados a regular **la proporcionalidad que deben cumplir los distintos tramos al interior de** las tablas de factores. Primero se establece la libertad de las Isapres para determinar los factores de cada tabla, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero ya comentado, **de modo que las reglas que se analizaron también determinan el ejercicio de este derecho. La ley dispone expresamente** la no variabilidad de la tabla de un determinado plan para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos a él, así como también para quienes se incorporen al mismo, a excepción que la modificación signifique una disminución de los factores, autorizada por la Superintendencia y aplicable a todos los planes que la utilicen. **Así, no se reconoce discrecionalidad amplia a las Isapres para determinar los factores de cada tabla, sino sólo en la medida que lo hagan utilizando la tabla de factores estructurada de conformidad a los numerales del inciso tercero. Luego, los** incisos siguientes señalan exigencias sobre el número de tablas, una por cada plan de salud y no más de dos para la totalidad de planes que se comercializan por la respectiva Isapre. Asimismo, conforme a la regulación legal en comento, las Isapres podrán establecer nuevas tablas cada cinco años;

SEXAGESIMOSEXTO: Que el último inciso del artículo 38 ter se refiere a la obligación que periódicamente les cabe a las Isapres, en el sentido de ajustar el factor que corresponda en la respectiva tabla en razón de la edad, aumentándolo o disminuyéndolo, y de comunicar tales variaciones al cotizante;

2. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 38 TER.

SEXAGESIMOSÉPTIMO: Que esta Magistratura, en sentencia recaída en la causa Rol 1273 destinó los considerandos décimo al decimoséptimo, ambos inclusive, *“a describir la evolución histórica de las disposiciones legales que se han ocupado de regular la revisión del precio de los contratos de salud previsual que ofrecen las Isapres”*, desde la dictación de la primera formulación legal en el Decreto con Fuerza de Ley N°3 de 1981, la que, en lo sustancial, se transcribirá en los considerandos que siguen, por la pertinencia directa que tiene en la especie con el tópico que se abordará en este acápite;

SEXAGESIMOCTAVO: Que el artículo 38 ter bajo examen fue incorporado a la Ley N° 18.933 por el artículo 1º, N° 15, de la Ley N° 20.015 y, por disposición expresa del inciso primero de su artículo 2º, entró en vigencia en el mes de julio del año 2005, fecha coincidente con la del Reglamento a que alude el mismo artículo (Decreto Supremo N° 170, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 28 de enero de 2005);

SEXAGESIMONOVENO: Que el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1981, del Ministerio de Salud (publicado en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1981), que fijó normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud por instituciones de salud previsional, estableció en su artículo 14 que los trabajadores debían suscribir “*un contrato*” con una Isapre que elijan, en el que las “*partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud*”.

Como se advierte, en esta primera norma sobre la materia primó la autonomía de la voluntad, sin establecerse condición alguna para los contratos que contienen los respectivos planes de salud. Nótese, además, que la promulgación de esta legislación es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980;

SEPTUAGÉSIMO: Que el referido Decreto con Fuerza de Ley fue derogado por la Ley N° 18.933, en su texto publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo del año 1990. En esta ley se contiene un artículo 38, que en su inciso tercero reguló, entre otros aspectos, la revisión de los contratos de salud transcurrido un año de vigencia del contrato, en los términos siguientes: “*las Isapres podrán revisar los contratos de salud que correspondan, pudiendo sólo adecuar sus precios, prestaciones convenidas y naturaleza y el monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan, excepto en lo que se refiere a las condiciones particulares pactadas con cada uno de ellos al momento de su incorporación al plan, las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado*”.

Conforme a esta norma, se limitó la libertad de las Isapres para establecer condiciones de ajuste del precio de los contratos que éstas ofrecieran a los afiliados, a la regla general de no discriminación dentro de un mismo plan, agregando la especificidad de prohibir que las excepciones a tal regla general se funden en la edad del afiliado;

SEPTUAGESIMOPRIMERO: Que la primera modificación que sufrió el citado artículo fue aprobada por la Ley N° 18.959, publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero de 1990, esto es, con anterioridad a la fecha de publicación de la normativa que dispuso modificar.

Conforme a la alteración aprobada en esta oportunidad, se sustituyó la expresión “*las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado*” por la frase “*las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado*” como condición para la adecuación anual de los precios de los contratos de salud. De esta manera, esta nueva legislación reemplazó la edad por el estado de salud del afiliado como condición o factor excluido de la revisión del precio de los contratos de salud previsional, formulación que se repetirá en la nueva modificación de la legislación que comentamos, aprobada por la Ley N° 18.964, publicada en el Diario Oficial unos días más tarde (10 de marzo del año 1990). Debe agregarse que el factor edad, si bien fue suprimido como limitación a la discriminación, no fue establecido expresamente como factor a tener en cuenta para fijar el reajuste del precio del plan de salud, lo cual, como veremos, se entendió a posteriori;

SEPTUAGESIMOSEGUNDO: Que, en el año 1995, la Ley N° 19.381 introdujo una nueva modificación al referido artículo 38 de la Ley N° 18.933, agregando, en el inciso tercero de la disposición comentada, que las revisiones de los contratos de salud no sólo

no pueden tener en consideración el estado de salud del afiliado, sino que tampoco el de los beneficiarios.

La misma legislación estableció en el inciso quinto del artículo 38 la siguiente disposición: *“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre”*;

SEPTUAGESIMOTERCERO: Que en la Ley N° 19.381 por primera vez aparecen mencionados los criterios de sexo y edad como condiciones o factores determinantes para la fijación del precio de los contratos de salud ya suscritos, contrariamente a lo que, referido a la edad, la normativa aprobada el año 1990 prohibía expresamente. Además, conforme se puede desprender de su texto, tal referencia tiene valor sólo si la edad estuviera considerada como factor de adecuación del precio en un contrato de salud vigente a esa fecha. En la modificación del precepto comentada, queda de manifiesto que la eliminación de la edad como causal de discriminación fue entendida y utilizada como si expresamente hubiese sido establecida como factor de fijación de dicho precio;

SEPTUAGESIMOCUARTO: Que la nueva modificación a la Ley N° 18.933, verificada en el año 2005, por efecto de la Ley N° 20.015 (D.O. de 17.05.05), incorporó el artículo 38 ter, bajo examen de constitucionalidad en estos autos, y, además, aprobó un nuevo texto para el referido artículo 38, en el que se dispuso que la revisión anual de los contratos de salud puede considerar sólo la modificación del precio base del plan con las limitaciones que se establecen en el también nuevo artículo 38 bis y agregó que, al comunicar la respectiva adecuación del contrato a sus afiliados, las Isapres sólo podrían ofrecer planes que estén disponibles para todos ellos y que su precio *“deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes”*, **sin que el legislador determinara razonablemente las relaciones y tramos entre los distintos factores;**

SEPTUAGESIMOQUINTO: Que, ahora bien, la evolución legislativa antes referida da cuenta de que de la prohibición expresa de la discriminación y de la consideración de la edad y del sexo como factores determinantes del precio, se pasó a la permisividad de ambos criterios y, en consecuencia, al respaldo a la discriminación basada en ellos;

3. LA ELABORACIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 38 TER.

SEPTUAGESIMOSEXTO: Que la introducción del artículo 38 ter a la Ley N° 18.933, hecho que, como se ha señalado, ocurrió por disposición expresa de la Ley N° 20.015, es producto de un debate legislativo que se extendió por espacio de tres años, desde que, con fecha 2 de junio de 2002, se presentó en la Cámara de Diputados el respectivo Mensaje como parte de un conjunto de iniciativas legislativas que conformaron una vasta reforma del sector salud en Chile;

SEPTUAGESIMOSÉPTIMO: Que la documentación parlamentaria oficial sobre esta tramitación legislativa da cuenta de las numerosas transformaciones que sufrió el texto del proyecto de ley original, de las opiniones que se entregaron en las diversas instancias de la formación de la ley por parte de los parlamentarios y de los representantes de diversas organizaciones de la sociedad interesadas en esta materia;

SEPTUAGESIMOCTAVO: Que, independientemente de las mencionadas opiniones, durante toda la discusión parlamentaria hubo continuidad respecto de algunos

temas y surgió también la preocupación de los intervinientes en cuanto a algunos aspectos en particular. Entre ellos se encuentran la fijación de tarifas, cuya regulación conforme a criterios objetivos y transparentes constituía un objetivo de la nueva legislación, la situación de los cotizantes cautivos y su eventual destino de abandonar el sistema privado de salud si no pueden sufragar sus costos, así como la situación desmedrada y sujetos a discriminación en que quedan determinados segmentos de la población como los menores de dos años, las mujeres en edad fértil y los mayores de edad de ambos sexos. A modo de ejemplo, el entonces Diputado señor Edgardo Riveros en la discusión de la Sala en la Honorable Cámara de Diputados, durante el primer trámite legislativo, el 7 de enero de 2003, se preguntaba si *“¿se cumplen los objetivos como el de no discriminación y no expulsión del sistema a las personas que necesitan atención de salud?”* Y el mismo se respondía que *no se cumplen esos objetivos básicos*. Luego afirmó que *“la discriminación del sistema se presentaba respecto de las mujeres en edad fértil, los adultos mayores y las personas que por largo tiempo cotizaron y han adquirido una enfermedad catastrófica o crónica”*;

SEPTUAGESIMONOVENO: Que el Honorable Diputado señor Patricio Melero, en la misma sesión de la Cámara de Diputados, señalaba: *“En definitiva, la modificación de la ley de Isapres tiene de dulce y de agraz, con algunos aspectos vinculados a la limitación del alza de precios, a los contratos, a la uniformidad de los aranceles, a nuevas facultades de la Superintendencia, en fin, que nos parecen positivos; con otros, como la definición del cotizante cautivo, los índices de precios, la integración vertical, la obligación de las instituciones de salud previsional respecto de las isapres que quiebran, que nos parecen inadecuados”*. El mismo parlamentario, después de haber presentado indicaciones, opinó en la discusión del segundo informe: *“Los objetivos principales que se persiguen con esta iniciativa ya se han anunciado; pero, en lo sustancial, buscan corregir situaciones de discriminación, especialmente en el sentido de limitar las alzas de precio de los contratos de salud”*;

OCTOGÉSIMO: Que al discutirse en la sala del Senado el primer informe, el 9 de marzo de 2005, el Senador informante, señor Ruiz-Esqüide, señaló, sobre los objetivos de la iniciativa: *“Acotar en la ley en proyecto las alzas de precios de los programas y planes, dentro de una banda estructurada en torno a las variables de precios base y tabla de factores por sexo y edad. Además -señala el proyecto- no podrá ser de más de 1,3 veces el promedio ponderado de los porcentajes en que hayan cambiado los precios bases. A estos efectos, se definen los términos “precios base” y “tabla de factores”*;

OCTOGESIMOPRIMERO: Que en el tercer trámite constitucional del mencionado cuerpo legislativo, a propuesta del Senado, se agregaron dos disposiciones nuevas, los artículos 38 bis y 38 ter, en lugar del artículo 38 bis tramitado hasta entonces. Las siguientes fueron las principales innovaciones que presentó la nueva regulación propuesta: *i)* limitaciones del alza de precios de los planes a una banda, fijando para ello un máximo y un mínimo de 30% respecto del promedio ponderado de las variaciones porcentuales informadas por cada Isapre de los precios base de sus planes; *ii)* regulación de la tabla de factores en los términos que quedaron en la ley; *iii)* la inclusión de la relación máxima entre el factor más alto y el más bajo de cada tabla para el primer decenio, tal como quedó en el artículo segundo transitorio ya transcrito, señalando que para el período posterior –correspondiente a la regulación permanente- la facultad de fijar tal relación quedaría entregada a la Superintendencia de Salud (Historia de la Ley 20.015, pp. 593, 597, 598 y 605);

OCTOGESIMOSEGUNDO: Que, una vez aprobada la ley, persistieron los puntos de vista sobre los temas en debate arriba descritos, incluso por no haberse incorporado

en la decisión. En la discusión en la sala, el 19 de abril de 2005, el Honorable Diputado señor Rossi señaló: *“Este proyecto de ley, lamentablemente, perpetúa la discriminación por sexo y por edad, aunque establece una tabla de factores que modifican el valor del plan. Así, al adulto mayor y a la mujer en edad fértil les seguirá costando más caro su plan. Lo mismo les ocurrirá a los menores de dos años, a los lactantes - que requieren más prestaciones de salud- y a los enfermos crónicos, porque el fondo compensatorio interisapres sólo opera con las patologías Auge”*;

OCTOGESIMOTERCERO: Que en la misma sesión de cierre de la discusión en la Cámara de Diputados, el Honorable Diputado señor Bayo, por su parte, sostuvo: *“Es indudable que la ley que se quiere modificar presenta cuestionamientos en materia de costos de planes; de exclusiones de cobertura en las preexistencias; de cumplimiento de contratos; de cancelación de registro de una isapre y de cómo compensar los riesgos de salud. Lo cierto es que la mayor parte de estas materias ya fueron consideradas en el proyecto de ley que aprobamos en primer trámite parlamentario. Pero otras, como la forma de enfrentar los riesgos derivados por diferencias de edad y sexo, no lo fueron”*;

III. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS POR EL PRECEPTO LEGAL BAJO EXAMEN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

OCTOGESIMOCUARTO: Que los derechos que se encuentran consagrados en las disposiciones constitucionales consideradas trasgredidas por las sentencias previas de inaplicabilidad que dan sustento a este proceso, sólo pueden ser descritos si se enmarcan en su sustrato normativo constitucional -en la dignidad de la persona- y en su pertenencia a la calidad de derechos fundamentales;

1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y SU IRRADIACIÓN EN LOS DERECHOS AFECTADOS.

OCTOGESIMOQUINTO: Que el artículo primero de la Constitución señala: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Se trata de una disposición que no sólo encabeza la Carta Fundamental, sino que se irradia en todo su articulado. Consecuentemente, todos los preceptos de la Constitución deben subordinarse a su tenor literal y a su significado. Al referirse al alcance de la citada norma, antes de su reforma en 1999, cuando se reemplazó la expresión *hombres* por *personas*, el tratadista Alejandro Silva Bascuñán señaló que la expresión “dignidad” tiene *“su raíz tanto en las consideraciones de las cualidades de la persona humana como en el fin para el cual ha sido creada”*, destacando que tal encabezamiento del articulado de la Constitución representa el *“reconocimiento de un pilar central de su ordenación que no se mencionaba en las Constituciones precedentes”*(ob. cit., p. 30);

OCTOGESIMOSEXTO: Que, respecto de la misma materia, el tratadista José Luis Cea Egaña sostuvo sobre la aludida disposición constitucional, en lo relativo a la expresión dignidad, que *“toda persona humana, por ser tal y sin más exigencias, nace y ha de convivir con la cualidad de digno, o sea, de trascendente en la historia, sujeto libre e igual al prójimo, cuyo destino es realizar un proyecto de vida, con sello singular o propio”*, agregando que *“el hombre (como equivalente de persona) resulta así un depósito o cúmulo de valores supremos, con los cuales nace y los concreta durante su vida. Entre ellos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. Tales son, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad, a la defensa jurídica en un proceso justo, a la libertad de conciencia y expresión, a la libertad personal, al trabajo, al descanso, de la protección de la salud y a la propiedad. Pues bien, la*

dignidad es la fuente de esos atributos naturales.” (José Luis Cea: Derecho Constitucional Chileno, Ediciones UC, segunda edición actualizada, 2002, p. 170);

OCTOGESIMOSÉPTIMO: Que, como lo declaró esta Magistratura en causa Rol 1287, *“el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido de que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos”* (considerando decimoctavo);

OCTOGESIMOCTAVO: Que, asimismo, esta Magistratura señaló en dos de los considerandos de su sentencia recaída en la causa Rol 1273 (cuadragésimoquinto y cuadragésimosexto) que la irradiación de la dignidad de la persona hacia todo el articulado de la Constitución presenta una doble dimensión, como principio y como norma positiva. En la misma sentencia el Tribunal razonó en el sentido de que, sin perjuicio de la singularidad sustantiva y procesal de cada disposición constitucional invocada como vulnerada por el mismo precepto bajo actual examen, los derechos en ellas consagrados *“no pueden considerarse de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación a otras disposiciones y valores constitucionales”* (considerando cuadragésimoséptimo);

2. NOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

OCTOGESIMONOVENO: Que la definición de derechos fundamentales ha sido abordada a fondo por nuestra doctrina. Como lo señala una reciente obra sobre la materia (Eduardo Aldunate Lizana: Derechos Fundamentales, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 47-48): *“La expresión “derechos fundamentales” apunta a un concepto jurídico. En un sentido general, que es el más difundido, se usa para aludir a aquellos derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional. Otra postura, en cambio, expone la idea de “derechos fundamentales” como aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino por el mero hecho de ser hombre. Se trata de aquellos atributos vinculados directamente a la dignidad humana y que constituyen un conjunto limitado en su extensión sólo a aquellos que son condición para la satisfacción de las necesidades inherentes a una vida digna (...) Como una tercera alternativa, se ha propuesto reservar la utilización teórica (como opuesta a dogmática) de la expresión “derechos fundamentales” en un sentido formal o estructural para “aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos, de personas con capacidad de obrar”;*

NONAGÉSIMO: Que los derechos fundamentales son susceptibles de clasificarse en diversas categorías conceptuales según el criterio con que se les analice o se les emplee jurídicamente. Una distinción clásica se da entre igualdades y libertades, como la propuesta para los derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución por Pablo Ruiz-Tagle (*“Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales”*, en: Andrés Bordalí (coord.): Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 119). Otra diferenciación se presenta entre garantías y derechos, según si la verificación de éstos se encuentra respaldada material y formalmente en el derecho positivo y si fluyen de la naturaleza humana o de la ley. Una tercera diferenciación que

nos interesa, es aquella clásica de la consagración internacional de los derechos fundamentales: políticos, económicos, sociales y culturales. Una cuarta perspectiva es apreciar los derechos fundamentales como derechos subjetivos y *“como componentes del orden constitucional objetivo”* (Humberto Nogueira). Y, por último, la distinción que formula Ferrajoli entre *“derechos fundamentales”* y *“derechos patrimoniales”* (Luigi Ferrajoli: Derechos y Garantías. La ley del más débil, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 45). Esas cuatro diferenciaciones hasta hace un par de décadas muy nítidas tanto en la doctrina y en la legislación, como en su correlato jurisprudencial, han sufrido importantes innovaciones;

NONAGESIMOPRIMERO: Que, independientemente de las clasificaciones anotadas, la definición de derecho fundamental está vinculada a su verificación positiva. Es lo que Robert Alexy denomina relación entre los conceptos de *norma de derecho fundamental* y *derecho fundamental*: *“Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Es dudoso que valga lo inverso”*. Esta diferencia debe acompañarse de otra distinción propuesta por el autor, la existente entre principios y reglas, siendo los principios *“aquellas normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles”*, o sea entendidas como *“mandatos de optimización”*, mientras que *“las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida, entonces de (sic) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”*, concluyendo: *“Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”* (Robert Alexy: Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 47, 86-87);

NONAGESIMOSEGUNDO: Que, según el mismo autor citado precedentemente, las diferenciaciones descritas sirven de base para la dilucidación de los conflictos en materia de derechos fundamentales. Si la norma es equivalente a principio, *“no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios”*. Y si no se introduce una cláusula de excepción, hay que declarar inválida por lo menos una de las reglas. En la colisión de principios, por su parte, *“uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”* y el criterio para tal dilucidación debe ser la ponderación (ob. cit., pp. 88-89). En otra obra, Alexy es muy conciso sobre el punto: *“...la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Esta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales”* (Robert Alexy: La Institucionalización de la Justicia, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 59);

NONAGESIMOTERCERO: Que los derechos consagrados en las disposiciones constitucionales que se estimaron vulneradas por la aplicación concreta del artículo 38 ter en las sentencias de inaplicabilidad que dan sustento al proceso de autos, esto es, aquellos que aseguran a toda persona los numerales 2º, 9º y 18º del artículo 19 de la Constitución, son: a) fundamentales, apegándose a los citados criterios entregados por la doctrina, y b) corresponden a lo que Alexy denomina normas de principios, esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación;

NONAGESIMOCUARTO: Que en lo concerniente a la presencia de los derechos fundamentales como derecho positivo en Chile, en la más amplia obra de la doctrina nacional sobre la materia (Humberto Nogueira Alcalá: Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, CECOCH, Santiago de Chile, 2008-2009, tres tomos), el autor señala por una parte: *“La Constitución enuncia los derechos fundamentales asegurados por ella, delimitando los derechos, fijando sus atributos, los elementos subjetivos y objetivos que los identifican”* (Tomo 1, p. 86) y, por la otra, en lo que atañe a los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social: *“En tal perspectiva, los derechos fundamentales sociales se presentan en el sistema jurídico chileno como principios, reglas y parámetros hermenéuticos del orden constitucional, del mismo nivel jurídico y con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos, encontrándose en un mismo artículo constitucional, el artículo 19, fortalecidos por el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental(...). A ello debe agregarse el artículo 6º de nuestra Constitución, que otorga fuerza normativa y aplicabilidad directa a los enunciados normativos constitucionales, salvo que el propio texto constitucional disponga otra cosa”* (Tomo 3, p. 26);

NONAGESIMOQUINTO: Que los derechos fundamentales sociales no sólo se han consolidado en su establecimiento normativo y en su garantización positiva, sino que en el actual debate jurisdiccional constitucional se discute su justiciabilidad, precisamente a partir de casos de revisiones judiciales del derecho a la salud acaecidos en varios países (Rodolfo Figueroa García Huidobro: Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica, en: Revista Chilena de Derecho, 36, 3, 2009, pp. 587-620);

3. EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

NONAGESIMOSEXTO: Que la Constitución consagra la garantía de la igualdad ante la ley en los siguientes términos:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

2º. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”;

NONAGESIMOSÉPTIMO: Que la consagración de la igualdad ante la ley en la Constitución chilena, en los términos vigentes transcritos, responde a una tradición de nuestros textos constitucionales, incluyendo algunas referencias del número 1º del artículo 10 de la Carta de 1925. Sin embargo, el precepto constitucional hoy vigente contiene dos disposiciones que han ampliado y profundizado el contenido de esta garantía y que se vinculan directamente con el asunto que esta Magistratura resuelve en autos: a) La consagración de la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, y b) La prohibición a la ley y a la autoridad de establecer diferencias arbitrarias;

NONAGESIMOCTAVO: Que la jurisprudencia chilena, tanto ordinaria como constitucional, ha trazado una línea interpretativa uniforme sobre la igualdad, algunas de cuyas expresiones más citadas se encuentran en dos sentencias, dictadas casi simultáneamente por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema, en abril y julio de 1985, respectivamente, que asumieron la difundida y clásica fórmula de Aristóteles, expresada en la Política, III 9 (1280ª): *“Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”* (Tomada de la nota al pie de página 15 del capítulo octavo de la obra de Robert Alexy: Teoría de los Derechos Fundamentales, ob. cit., p. 385);

NONAGESIMONOVENO: Que, en efecto, en la sentencia Rol N° 28, considerando cuarto, este Tribunal Constitucional señaló: “*La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes*”. A su vez, la Corte Suprema, en fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, 2ª parte, sección 5ª, p. 183, declaró: “*El principio de isonomía exige que sean tratadas de igual modo las situaciones iguales y de manera distinta las desiguales*” (Tratado de Derecho Constitucional de Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., Tomo XI, p. 108);

CENTÉSIMO: Que en el fallo Rol 1273, recaído en causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que sirve de sustento al procedimiento de autos, esta Magistratura incorporó en su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre “*igualdades esenciales*” y “*desigualdades esenciales*”, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando “*personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables*”, de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales**. Además, se agrega la denominada “*nueva fórmula*”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”;

4. LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER.

CENTESIMOPRIMERO: Que la expresión “*hombres y mujeres son iguales ante la ley*” que la Carta introdujo en la última parte del numeral 2° de su artículo 19, encontró su consagración constitucional en 1999, dando cuenta su historia fidedigna de la envergadura de tal reforma constitucional, así como del contexto cultural y jurídico, nacional e internacional, en el que se aprobó. Con ello el Estado de Chile encontró concordancia entre su ordenamiento constitucional y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;

CENTESIMOSEGUNDO: Que en la sesión del Senado celebrada el 12 de enero de 1999 y convocada para conocer el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Corporación sobre el proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, se hizo mención a los compromisos internacionales contraídos por Chile sobre esta materia, especialmente, al artículo 2° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, que entró en vigor en 1981, y que señala: “*Los Estados Parte condenan la discriminación de la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política*

encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquiera otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio". Asimismo, en la misma sesión del Senado, el Senador informante del proyecto, el señor Juan Hamilton, señaló: "La iniciativa tiene por objeto consagrar en forma expresa la igualdad del hombre y la mujer ante la ley como un **valor superior de todo el ordenamiento jurídico**";

CENTESIMOTERCERO: Que el artículo 12.1 de la citada Convención señala: "Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para **eliminar la discriminación contra la mujer** en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso **a servicios de atención médica**, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.". A su vez, la Observación General 16, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, aprobada en Ginebra en el 34º período de sesiones del 25 de abril al 13 de mayo de 2005, se refiere a "la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)";

CENTESIMOCUARTO: Que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha calificado los conceptos de discriminación de derecho o de hecho, así como la discriminación directa o indirecta, como "conceptos clave en relación con la discriminación y la igualdad", precisando que "la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en **forma explícita en distinciones basadas en el sexo** o en una de las categorías reconocidas de discriminación". Por su parte, "la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra." (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 6 de junio de 2008, pp. 10-11).

De todo lo expuesto es nítido que la igualdad de derechos del hombre y de la mujer es una categoría estándar en las legislaciones nacionales e internacionales, según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. Esto es, **impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos;**

CENTESIMOQUINTO: Que todo lo señalado respecto de la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres no significa que el ordenamiento jurídico no pueda establecer diferencias entre ambos sexos. La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el propio beneficio de la mujer. Como lo señala un reciente estudio: "el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital." (Cristina Zoco Zabala: Igualdad de género en la

nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario, en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255);

CENTESIMOSEXTO: Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud. En el ámbito comunitario europeo, el Consejo de la Unión Europea adoptó un acuerdo, en diciembre de 2004, sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro, en el que se lee, en relación a la cuestión de autos: *“Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral. En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros”,* agregándose: *“En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones”* (Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004);

CENTESIMOSÉPTIMO: Que, igualmente, la doctrina comparada ha puesto hincapié en la disconformidad con el derecho fundamental constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, de la diferencia de primas o cotizaciones en los sistemas de seguros de salud. En un artículo se sostiene que *“la diferencia de primas entre hombres y mujeres en los seguros privados de salud se relaciona directamente con el sexo de los asegurados, y no con la apreciación de riesgo de hombres y mujeres, pues su monto no se calcula individualmente, sino a partir de su sexo. Así los asegurados son discriminados directamente por su sexo.”* (Michael Wrasse y Susanne Baer: Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in den Privaten Krankenversicherung-ein Vortoss gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes (Diferentes primas para hombres y mujeres en los seguros privados de salud. Una vulneración de la igualdad constitucional de la Ley Fundamental): NJW, 23, 2004, pp. 1623-1627);

CENTESIMOCTAVO: Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 incluye, en su inciso segundo, tres tipos de diferenciaciones o criterios para que las tablas de factores determinen los tipos de beneficiarios: **sexo, condición de cotizante o carga y los rangos de edad;**

CENTESIMONOVENO: Que de entre los tres criterios enunciados, debe distinguirse sexo y edad, por una parte, y condición de cotizante o carga, por la otra. Mientras que esta última obedece a una situación en la que cada persona se coloca contractualmente en el marco de la autonomía de la voluntad, el sexo y la edad son factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas. Según el Diccionario de la Lengua Española, *sexo* significa *“condición orgánica que distingue al macho de la hembra en los seres humanos, en los animales y en las plantas”,* mientras que *edad* significa *“tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales y vegetales”.* Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley;

5. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

1. Formulación positiva y evolución de su establecimiento.

CENTESIMODÉCIMO: Que el derecho de protección de la salud está consagrado en el número 9° del artículo 19 de la Constitución, que señala:

“Artículo 19. *La Constitución asegura a todas las personas:*

9º. *El derecho a la protección de la salud.*

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.

Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”;

CENTESIMODECIMOPRIMERO: Que la doctrina jurídica chilena ha establecido la naturaleza del derecho asegurado en el número 9° del artículo 19 de la Constitución. El tratadista Alejandro Silva Bascuñán afirma: *“el derecho a la salud forma parte de los “derechos sociales”, o de segunda generación, que superando la concepción liberal del Estado, se basan en los principios de igualdad y de solidaridad y cuyo titular es la persona humana, la que puede exigir su cumplimiento a la sociedad en su conjunto”* (Alejandro Silva Bascuñán: Tratado de Derecho Constitucional, ob. cit., Tomo XII, p.130);

CENTESIMODECIMOSEGUNDO: Que el mismo autor arriba a la citada definición después de trazar la evolución de la garantía en los textos constitucionales chilenos, desde 1925, pasando por la reforma de 1971 y deteniéndose en la génesis de su actual formulación, especialmente durante los debates en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en los que destaca un oficio enviado por el entonces Ministro de Salud, general Fernando Matthei, fechado el 23 de marzo de 1976, en cuyo texto se lee: *“las personas podrán elegir libremente el sistema estatal o la atención privada, debiendo someterse a las normas que rigen el funcionamiento de cada uno de ellos, según corresponda”*. Según el tratadista citado, en esa frase radica el origen del inciso final del número 9° del artículo 19 de la Constitución (Alejandro Silva Bascuñán: ob. cit., Tomo XII, pp. 128 y ss.);

CENTESIMODECIMOTERCERO: Que el derecho a la protección de la salud, como está formulado en la Constitución chilena, se encuentra profundamente enraizado en una serie de convenciones internacionales vigentes y contraídas por Chile. Desde luego el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuyo Comité está encargado de presentar informes periódicos sobre el estado de cumplimiento de los diferentes derechos consagrados en el Pacto. Este Comité del mencionado Pacto *“interpreta el derecho a la salud como un derecho de contenido complejo que engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc.”*. *“El derecho a la salud debe entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto grado de salud”* (Juan Ma. Pemán Marín: El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos

recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado, en: Revista de Administración Pública, 179, Madrid, 2009, p. 50);

2. El rol constitucional del legislador y del administrador en la regulación de los derechos sociales.

CENTESIMODECIMO CUARTO: Que los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger *“el libre e igualitario acceso a las acciones”* (artículo 19, N° 9°); lo mismo sucede con el derecho a la seguridad social, en que la acción del Estado debe estar dirigida *“a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones”* (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMODECIMO QUINTO: Que la Constitución garantiza el acceso a dichas prestaciones asignándole roles al Estado y a los particulares;

CENTESIMODECIMO SEXTO: Que la Ley Fundamental le asigna al Estado un rol de control o supervigilancia. Así, establece que al Estado le corresponde el *“control de las acciones relacionadas con la salud”* (artículo 19, N° 9°) y, tratándose del derecho a la seguridad social, dispone que *“el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”* (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMODECIMO SÉPTIMO: Que, a su vez, la Constitución le garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas. Así, en el derecho a la salud esto se expresa en que *“cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse”* (artículo 19, N° 9°). Por otra parte, la Carta Fundamental garantiza que no exista monopolio prestacional del Estado. Estas prestaciones, entonces, pueden ser entregadas por *“instituciones públicas o privadas”* (artículo 19, N°s 9° y 18°);

CENTESIMODECIMO OCTAVO: Que, tratándose del derecho a la salud, la Constitución va más allá, pues establece el *“deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud”*. Esta expresión es utilizada únicamente en este derecho (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 140); la Constitución no califica de igual manera otros deberes del Estado (Bulnes Aldunate, Luz; El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980; en Gaceta Jurídica N° 294, diciembre, 2004, p. 18);

CENTESIMODECIMO NOVENO: Que este deber del Estado está asociado a que la Constitución no garantiza el derecho a la salud, sino que el derecho *“a la protección de la salud”*;

CENTESIMO VIGÉSIMO: Que la fórmula constitucional parte por señalar que es *“deber del Estado”* dicha protección. Los deberes se ubican entre las situaciones pasivas, junto a la sujeción, a la obligación y a la carga. A diferencia de una obligación, que posee un contenido determinado y concreto, la conducta o actividad en que consiste el deber aparece descrita de modo abstracto y genérico. Además, la obligación tiende a servir el interés de un sujeto concreto, en tanto que el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad. Asimismo, la obligación tiene como correlato un derecho subjetivo, lo que no existe en el deber público (Santamaría Pastor, Juan Alfonso; Principios de Derecho Administrativo General, Editorial Iustel, Madrid, 2006, p. 437);

CENTESIMO VIGESIMO PRIMERO: Que, en seguida, la Constitución utiliza la expresión *“preferente”*, lo que en doctrina ha sido interpretado en el sentido de que el Estado *“no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable”* (Silva Bascuñán, A; ob. cit., p. 140). Se trata de un deber prioritario y preeminente (Nogueira Alcalá, Humberto; Derechos fundamentales y garantías

constitucionales, Tomo III, Editorial Librotecnia; Santiago, 2009, p. 127). El Estado no puede jamás dejar de cumplir esta función (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno, tomo II; Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2004, p. 310). El Estado no puede siquiera poner en riesgo la ejecución de dichas acciones respecto de la población (Nancuante Almonacid, Ulises, y Sotomayor Klapp, Roberto; El derecho de la salud; Editorial Conosur, Santiago, 2001, p. 24). El establecimiento de este deber *“significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de esta última”* (Vásquez Márquez, José Ignacio; El déficit garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución; en XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 397);

CENTESIMOVIGESIMOSEGUNDO: Que, a continuación, la Constitución utiliza la expresión *“garantizar”*. Con ello, se apunta a dar seguridad o certeza de que se ejecuten las pertinentes acciones de salud (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 140). Para el profesor Cea Egaña, se busca *“asegurar o dar certeza, a cualquier titular del derecho, que las acciones de salud le serán proporcionadas, sin discriminación, cuando necesite acceder a una o más de ellas”* (ob. cit., p. 310). Se pretende que todo titular del derecho, sin diferencias arbitrarias, podrá efectivamente gozar de las prestaciones de salud (Nogueira Alcalá, H.; ob. cit., p. 127);

CENTESIMOVIGESIMOTERCERO: Que, conforme a la Constitución, dicho deber preferente debe llevarse a cabo, además, *“en las formas y condiciones que la ley determine”*. Ello, sin embargo, no implica una reserva legal absoluta o particularmente intensa, pues la Carta Fundamental establece que sólo *“las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social”* son materias de ley (artículo 63, N° 4º) y tal razonamiento debe entenderse extendido a la regulación del derecho a la protección de la salud. **En tal contexto, tiene cabida la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la que corresponde a los organismos reguladores, de acuerdo a las formas y condiciones determinadas por la ley, no por la autoridad administrativa.**

Por otra parte, la Constitución encarga al Estado *“el control de las acciones relacionadas con la salud”*, siendo perfectamente legítimo, en consecuencia, que el legislador otorgue, a los efectos del ejercicio de tal deber-atribución, una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, en su condición de organismo de la Administración del Estado (artículo 106, D.F.L. N° 1, de Salud, 2005);

6. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

CENTESIMOVIGESIMOCUARTO: Que el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el número 18º del artículo 19 de la Constitución:

“Artículo 19. *La Constitución asegura a todas las personas:*

18. *El derecho a la seguridad social.*

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.”;

CENTESIMOVIGESIMOQUINTO: Que en sentencia de inaplicabilidad Rol 1287 esta Magistratura resolvió el asunto sometido a su conocimiento aludiendo como vulnerado al citado derecho consagrado en el número 18º del artículo 19 de la

Constitución, definiéndolo en su considerando decimoséptimo como un “*precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos sus habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho*”, concluyendo en su considerando sexagesimonoveno que el requerimiento de autos es acogido por resultar la aplicación del precepto impugnado “*contraria a los derechos asegurados a la requirente en los numerales 9° y 18° de la Carta Fundamental*”;

CENTESIMOVIGESIMOSEXTO: Que, consecuentemente, el proceso de oficio de autos puede incluir dentro del examen de constitucionalidad que exige su sustanciación, la eventual trasgresión del número 18° del artículo 19 de la Constitución, tratándose de uno de “*los preceptos constitucionales que fueron considerados trasgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento*”, como lo prescribe el artículo 47 V de la Ley N° 17.997, orgánica del Tribunal Constitucional”;

CENTESIMOVIGESIMOSÉPTIMO: Que la introducción de la protección del derecho a la seguridad social en el texto constitucional es el producto de una evolución histórica del último siglo.

En efecto, “*la reforma constitucional introducida a la Constitución de 1925 por la Ley N° 17.398, es decir, el llamado Estatuto de Garantías Constitucionales, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 1971, reconoció, por primera vez en un texto fundamental chileno, el “derecho a la seguridad social”, agregando al artículo 10 de dicha Carta Política un nuevo numeral 16°, del tenor siguiente:*

“*Art. 10.- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:*

N° 16.- El derecho a la seguridad social.

El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional.

La ley deberá cubrir, especialmente, los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad de trabajo individual, muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica, preventiva, curativa y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad o maternidad y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares.

El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores.

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud, y;” (STC rol N° 1218, C. 28°);

CENTESIMOVIGESIMOCTAVO: Que en el Acta Constitucional N° 3, contenida en el Decreto Ley N° 1552, publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1976, mantuvo la protección constitucional del derecho a la protección social e introdujo los principios solidarios en que se basaría. En efecto, se estableció que:

“*Artículo 1°.- Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:*

(...)

21.- El derecho a la seguridad social.

Corresponde al Estado formular la política nacional de seguridad social, controlar el funcionamiento del sistema y asegurar el derecho preferente de los afiliados a efectuar su operación.

La ley establecerá un sistema de seguridad social que satisfaga de modo uniforme, solidario y suficiente los estados de necesidad individuales y familiares

producidos por cualquier contingencia y, especialmente, por los de maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras”; (STC rol N° 1218, C. 29°);

CENTESIMOVIGESIMONOVENO: Que cabe tener presente en este punto las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio del Anteproyecto de la Constitución vigente, de las cuales se extrae el pasaje siguiente, que demuestra cuál fue el propósito que se tuvo para introducir la modificación aludida, especialmente en relación con el principio de solidaridad: *“El señor Ortúzar (Presidente) pregunta al señor Camiruaga (Asesor de la Superintendencia de Seguridad Social) si podría definirle los principios de universalidad, uniformidad, integralidad, solidaridad y suficiencia, a que se ha hecho referencia. (...) El señor Camiruaga agrega que la solidaridad se manifiesta en un principio fundamental; es de la esencia de la seguridad social. Donde no existe el principio de solidaridad, acota, no se puede hablar de seguridad social, sino de algún sistema de ahorro obligatorio o de otro similar. (...) Es un principio totalmente opuesto al sistema del Derecho Civil que parte de la base de la conmutatividad: en una compraventa los valores deben ser equivalentes. Aquí no.”* (Acta de la sesión 204^a, pp. 4 y 6);”. (Sentencia Rol 1218, C. 30°).

Con todo, la Comisión optó por no enumerar los principios de la seguridad social, y así quedó recogido en el texto constitucional;

CENTESIMOTRIGÉSIMO: Que, sin embargo, como lo ha sostenido esta Magistratura: *“la supresión, en el texto del artículo 19, N° 18°, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, pues de lo contrario perdería su identidad específica.”* (Sentencia Rol 1218, C. 30°);

CENTESIMOTRIGESIMOPRIMERO: Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N° 9°) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a *“garantizar”* el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución);

CENTESIMOTRIGESIMOSEGUNDO: Que, por otra parte, la Constitución incorpora el principio de universalidad subjetiva, pues estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie. La expresión *“todas las personas”* no sólo forma parte del encabezado del artículo 19 constitucional, sino que se refleja en el uso de los términos *“cada persona”*, que utiliza su numeral 9°, *“prestaciones básicas uniformes”* y *“todos los habitantes”*, contenidos en su numeral 18°;

CENTESIMOTRIGESIMOTERCERO: Que también la Constitución acoge el principio de universalidad objetiva, pues asegura estos derechos a las personas frente a un rango amplio de riesgos individuales. En el derecho a la protección de la salud se otorgan *“acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”* y la *“ejecución de las acciones de salud”* (artículo 19, N° 9°). En el derecho a la seguridad social, se asegura *“el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”* (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMOTRIGESIMOCUARTO: Que nuestra Constitución, a su vez, establece claramente que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados. Las expresiones que en tal sentido emplea el texto constitucional son: “*libre e igualitario acceso*” (artículo 19, N° 9°) y “*prestaciones básicas uniformes*” (artículo 19, N° 18°). Por su parte, por mandato de la misma Carta Fundamental, el Estado debe “*garantizar*” los derechos (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero) y/o “*supervigilar*” (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto), o incluso “*coordinar y controlar*” (artículo 19, N° 9°);

CENTESIMOTRIGESIMOQUINTO: Que, finalmente, la Constitución ha previsto normativamente la unidad del sistema de protección en materia de seguridad social. Dicha unidad está dada por el deber del Estado de “*garantizar*” el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero). Su papel es el de dirección y regulación de los privados. En materia de salud, le corresponde “*coordinar y controlar*” las prestaciones (artículo 19, N° 9°, inciso tercero) y en seguridad social, específicamente le compete “*supervigilar*” el sistema (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto);

CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO: Que la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios “*condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar.*” (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210).

Como se observa, el factor edad es constituyente de ambas garantías, resultando incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida;

CENTESIMOTRIGESIMOSÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, la relación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud se ha visto expresada en las consagraciones jurídicas internacionales, como en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que incluye como “*riesgos y contingencias sociales en el ámbito de su protección: enfermedad, maternidad, vejez, invalidez, muerte, cesantía o desempleo, cargas familiares y riesgos profesionales*” (citado en: Gobierno de Chile, MINSEGPRES: Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006), LOM, Santiago de Chile, 2010, Tomo I, p. 223);

CENTESIMOTRIGESIMOCTAVO: Que, como se señaló por este Tribunal en la sentencia Rol 1287, la definición de la seguridad social ha encontrado sustancioso tratamiento en la doctrina chilena, la que ha profundizado en el detalle de sus componentes esenciales y en el alcance de los mismos. Así entendida como “*el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello*” (Alfredo Bowen Herrera: **Introducción a la Seguridad Social**, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 97), la seguridad social moderna se sustenta en determinados principios que le otorgan su esencia y que la reciente doctrina nacional ha enumerado como los siguientes: i) respecto de los sujetos amparados: universalidad subjetiva, ii) respecto de las contingencias cubiertas: universalidad objetiva, iii) respecto de las prestaciones: igualdad, integridad o suficiencia, iv) respecto del financiamiento: solidaridad, y v) respecto de la administración: unidad o descentralización,

subsidiariedad (Héctor Humeres Noguer: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, Tomo III, pp. 31 y ss.);

CENTESIMOTRIGESIMONOVENO: Que en la misma sentencia citada, esta Magistratura estableció la relación existente entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud en el derecho chileno sobre la base de constatar que *“en el artículo 92 del DL. N° 3.500, de 1980, contempló la cotización del 7% de las remuneraciones imponibles de los trabajadores para contribuir al financiamiento de las prestaciones exigidas para la satisfacción de uno y otro de esos atributos esenciales de la persona”*;

IV. LA DILUCIDACIÓN DEL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD.

CENTESIMOCUADRAGÉSIMO: Que esta Magistratura declaró en el considerando quinto del auto cabeza de este proceso: *“Que el artículo 38 ter transcrito precedentemente ha sido declarado inaplicable por este Tribunal Constitucional en cuatro sentencias recaídas en las causas de roles N°s 976, 1218, 1287 y 1273. En ellas, esta Magistratura ha declarado que la aplicación del citado precepto, en las respectivas gestiones pendientes, resulta contraria a la Constitución, al vulnerarse los derechos asegurados en los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19”*;

CENTESIMOCUADRAGESIMOPRIMERO: Que al dilucidar la cuestión de constitucionalidad que ocupa a esta Magistratura, resulta conveniente reiterar el significado de la declaración de inconstitucionalidad, ya descrito en el apartado I, A de esta sentencia. Los reputados catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han descrito la institución con una breve formulación: *“En general, es evidente, el problema de inconstitucionalidad habrá que resolverlo por un simple contraste lógico de compatibilidad entre dos normas abstractas, la constitucional y la que es objeto de juicio”* (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, Thomson Civitas, Navarra, decimocuarta edición, 2008, p. 171);

CENTESIMOCUADRAGESIMOSEGUNDO: Que tratándose de un examen abstracto, esto es, sin referencia a casos concretos, como aquel que se debe desarrollar en el juicio de inaplicabilidad, y que, además, recae sobre derechos fundamentales, como los garantizados en los números 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, el que se ha propuesto realizar esta Magistratura respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 debe ponderarse según el criterio de razonabilidad, teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, a las que también aludió el señor Presidente de la República en el informe evacuado en estos autos;

CENTESIMOCUADRAGESIMOTERCERO: Que, consecuentemente con el método descrito, en el caso de autos esta Magistratura ha examinado si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, objeto de este proceso constitucional: a) cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) si guarda proporcionalidad con tales objetivos;

CENTESIMOCUADRAGESIMOCUARTO: Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la

igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental;

CENTESIMOCUADRAGESIMOQUINTO: Que, en primer lugar, es dable observar que si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco *prima facie* arbitrarias, **siempre que respondan a una fundamentación razonable**, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de “*instrucciones de general aplicación*”, los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad;

CENTESIMOCUADRAGESIMOSEXTO: Que, a mayor abundamiento, como ya constató esta Magistratura -considerandos sexagesimoprimeros y sexagesimosegundos de esta sentencia- y lo reconoció el señor Presidente de la República en el informe evacuado en este proceso—principalmente en la afirmación que formula la autoridad a fojas 91, con letra destacada, en el punto 3.7. del Capítulo IV del documento-, resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, y con apoyo en el mismo juicio jurídico debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados, ya que esa clase de disposiciones se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como lo recuerdan la doctrina y la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este fallo;

CENTESIMOCUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que la expresión *arbitraria* que usa nuestra Constitución en varias de sus disposiciones, entre éstas, en el numeral 2° de su artículo 19, encontró una precisión jurisprudencial en sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 1988, que refuerza este parecer al admitir que “*la ley pueda hacer diferencias entre grupos siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional*” (citada en Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., p. 124);

CENTESIMOCUADRAGESIMOCTAVO: Que, además, como lo ha señalado esta Magistratura en sentencias recientes –roles 1273 y 1348-, la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, establece un trato desigual para **igualdades esenciales**, como son: *i*) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), *ii*) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), *iii*) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del artículo 2° del artículo 19 de la Constitución), y *iv*) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del artículo 9° del artículo 19 de la Constitución);

CENTESIMOCUADRAGESIMONOVENO: Que, en segundo lugar, en relación al derecho a la protección de la salud, debe señalarse que una misma materia no puede ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas y que, en consecuencia, no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar materias, pues eso lo define el constituyente;

CENTESIMOQUINUAGÉSIMO: Que, como ya se ha señalado, mientras el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 estableció, por el plazo de 10 años contados desde la entrada en vigencia de dicha legislación, la relación máxima entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, señalando que ésta iba a ser de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 le entregó tal definición a la Superintendencia del ramo;

CENTESIMOQUINUAGESIMOPRIMERO: Que si el legislador, en el año 2005, fijó en el citado precepto transitorio la determinación de tales márgenes en el entendido de que éstos se hallan dentro de las “materias básicas” de la seguridad social, él mismo vulneró la Constitución al entregarle su definición a un organismo regulador, esto es, a la Superintendencia del ramo, en la determinación permanente –específicamente en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter bajo control-;

CENTESIMOQUINUAGESIMOSEGUNDO: Que los primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter tampoco cumplen lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en orden a fijar “*las condiciones*” del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y, por consiguiente, son inconstitucionales;

CENTESIMOQUINUAGESIMOTERCERO: Que, en efecto, dichos preceptos permiten la operación de un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud que se ofrecen en el sector privado. Así, el precio final del plan de salud que debe pagar el afiliado a una Isapre se determina multiplicando el precio base por el respectivo factor de edad que corresponda al afiliado o a alguno de los beneficiarios, de conformidad a la respectiva tabla de factores (artículo 170, letra m), del D.F.L. N° 1, de Salud, 2005). Por otra parte, el plan de salud es elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y los factores de cada tabla son libremente determinados por la Isapre. A través de este mecanismo, en consecuencia, no se han fijado directamente por la ley “*las condiciones*” que le manda establecer la Constitución para garantizar el acceso a la prestación, sino que lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores. Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca;

CENTESIMOQUINUAGESIMOCUARTO: Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público;

CENTESIMOQUINUAGESIMOQUINTO: Que, por otra parte, el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material es exponencial, pues implica que el precio base del plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las

disposiciones bajo examen se puede concluir que la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.

El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre.

Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución;

CENTESIMOQUINCUGESIMOSEXTO: Que en el inciso cuarto del numeral 9º de su artículo 19, la Constitución faculta a la ley para establecer “cotizaciones obligatorias”, las que son administradas por “instituciones públicas o privadas”. Se les asegura, por tanto, a las Isapres, un ingreso constante. Frente a esa regla el legislador se encuentra obligado a ponderar la obligación del trabajador (afiliado-cotizante) de pagar tales cotizaciones obligatorias y, al mismo tiempo, propender al cumplimiento del deber de asegurar la “protección de la salud”, previsto en el inciso primero de la misma disposición constitucional. No obstante, el mecanismo de reajustabilidad definido por el legislador en esta materia genera un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja a este último sin la tutela que la Constitución exige;

CENTESIMOQUINCUGESIMOSÉPTIMO: Que, en síntesis, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9º del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable que la disposición en examen permite, especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de “cotizante cautivo” que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional;

CENTESIMOQUINCUGESIMOCTAVO: Que en relación al número 4 citado, debe agregarse que respecto de la sola formulación del precepto impugnado, sin vinculación con el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, esto es, en su validez como norma permanente habiendo transcurrido el primer período de diez años que este último contempla, cabe la interrogante sobre su conformidad con la exigencia constitucional dispuesta en el inciso cuarto del numeral 9º del artículo 19 citado. Esto es, como esta Magistratura ya lo ha expuesto, apreciar si el grado de discrecionalidad que el precepto bajo control le entrega a la Superintendencia de Salud para actuar en la materia referida, corresponde a la envergadura de los bienes jurídicos que su ejercicio abarca o cubre. En efecto, la forma y condiciones como se prestan las acciones de salud, que es la materia cobijada en la reserva legal que nos ocupa, se refiere a un deber del Estado que está destinado a posibilitar que se cumpla la garantía del derecho a la protección de la salud de las personas. Por lo tanto, sin pretender que el legislador determine en este caso

un tipo de actividad administrativa plenamente reglada, como se denomina en doctrina, las referidas *forma y condiciones* de la ejecución de las acciones de salud sí deben determinarse por la ley con un grado de precisión tal que impida que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se extienda a la vulneración de los derechos constitucionales;

CENTESIMOQUINCUGESIMONOVENO: Que, en tercer lugar, en relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que, no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial: *“La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal”* (Héctor Humeres Noguer: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III, ob. cit., p.23);

CENTESIMOSEXAGÉSIMO: Que, en efecto, el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el transcurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes;

CENTESIMOSEXAGESIMOPRIMERO: Que de la vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no sólo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella;

CENTESIMOSEXAGESIMOSEGUNDO: Que, consecuentemente con lo razonado hasta este punto y advirtiéndose el reconocimiento expreso que ha manifestado en autos el Ejecutivo-órgano colegislador, esta Magistratura constata que la formulación de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, cuyo correlato de este último se encuentra en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, como podría encontrarse en cualquiera otra norma que se expidiera al amparo del amplio mandato que entrega, es contraria a la Constitución Política de la República, afectando, en lo que a la causa de autos concierne, a los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19, y así se declarará;

V. SOBRE LOS EFECTOS DE ESTA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

CENTESIMOSEXAGESIMOTERCERO: Que este Tribunal ha sentenciado estrictamente bajo los presupuestos exigidos por el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Constitución, no emitiendo, en consecuencia, pronunciamiento alguno respecto de las demás normas contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. **Esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo;**

CENTESIMOSEXAGESIMOCUARTO: Que, asimismo, lo resuelto en esta sentencia no prejuzga, en sentido alguno, lo que pueda resolverse sobre la constitucionalidad de tales normas en procedimientos futuros o respecto de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cuya resolución se encuentra pendiente ante esta Magistratura. Lo anterior se apega al numeral segundo de artículo 47 F de la Ley N° 17.997, según el cual únicamente procede declarar la inadmisibilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en razón de un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional, concurriendo tres requisitos copulativos: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado expresamente conforme a la Constitución, b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requerimiento, y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa;

CENTESIMOSEXAGESIMOQUINTO: Que ninguno de los señalados presupuestos podría configurarse respecto de las demás normas contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, respecto de las cuales el Tribunal no ha declarado la inconstitucionalidad, pues no se emite pronunciamiento sobre ellas y la presente sentencia no se dicta en el contexto de un control preventivo ni con ocasión de un requerimiento, ya que este Tribunal actuó de oficio en la presente cuestión. Además, cabe hacer presente que la referida norma del numeral segundo del artículo 47 F de la Ley N° 17.997, debe ser interpretada en el sentido de no impedir el acceso al Tribunal Constitucional de quienes pudieran, en el futuro, solicitar su intervención;

CENTESIMOSEXAGESIMOSEXTO: Que el artículo 94 de la Constitución establece al respecto que: *“No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*;

CENTESIMOSEXAGESIMOSÉPTIMO: Que la doctrina y esta misma sentencia han señalado que esta norma consagra expresamente que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos *ex nunc* (Nogueira, Humberto, “El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en: Francisco Zúñiga (coordinador), Reforma constitucional, Editorial LexisNexis, 2005, p. 615), esto es, produce efectos desde la publicación del fallo *“hacia el futuro, no afectando situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma”* (ob. cit., p. 608). De esta manera, *“ni el Tribunal Constitucional ni el legislador orgánico constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias que expulsan de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de rango constitucional”* (ob. cit., p. 615).

Este Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial” (Sentencia Rol 597, considerando 5°);

CENTESIMOSEXAGESIMOCTAVO: Que como consecuencia de lo anterior se puede concluir que la irretroactividad se traduce en que la sentencia no puede afectar *“situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma”* (Nogueira, Humberto, “El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, ob. cit., p. 467), ni *“situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad”* (Sentencia Rol 597). Así, la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar

situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales;

CENTESIMOSEXAGESIMONOVENO: Que la regla constitucional señalada resulta de una adecuada consideración entre la seguridad jurídica y la supremacía constitucional. Si bien la supremacía constitucional exigiría la expulsión de todas las normas que pugnen con la Constitución, la seguridad jurídica exige limitar dichos efectos para no afectar a quienes actuaron bajo la expectativa de que el marco legal vigente era regular;

CENTESIMOSEPTUAGÉSIMO: Que, sin embargo, hay que considerar la naturaleza del contrato de salud que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea. A diferencia de, por ejemplo, un contrato de compraventa, el contrato de salud origina una relación de permanencia entre la Isapre y el cotizante. De hecho, ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones (en un marco de razonabilidad y proporcionalidad). Lo mismo autoriza a que, si cambia el marco jurídico aplicable nada menos que por una declaración de inconstitucionalidad, entonces cambien también –hacia futuro- las cláusulas del contrato;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOPRIMERO: Que, además, debe tenerse presente que la derogación o expulsión de una norma por una declaración de inconstitucionalidad tiene un alcance distinto a una derogación de una norma por el legislador. El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Por ello, su declaración de inconstitucionalidad se basa en que la norma posee un vicio. En cambio, la derogación realizada por el legislador se basa en una nueva evaluación política de la situación. Es una decisión de mérito político. De hecho, es posible hacer un paralelo entre la derogación por inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional y la derogación efectuada por el legislador, con la invalidación y la revocación de un acto administrativo que efectúa la Administración. Unas situaciones se basan en un vicio y las otras, en cambio, en una valoración de mérito;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOSEGUNDO: Que, por las argumentaciones desarrolladas en esta sentencia, queda demostrado que se declarará la inconstitucionalidad de los preceptos en cuestión basándose en los mismos vicios detectados en los casos ya resueltos en sede de inaplicabilidad;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOTERCERO: Que, dilucidándose la cuestión de autos, es necesario distinguir, como ya se hizo en esta sentencia en las letras C y E del apartado I, la facultad que el artículo 93, inciso primero, N° 6º, de la Constitución otorga a este Tribunal de aquella establecida en el N° 7º del mismo artículo y que se ejerce en este proceso. Se trata de situaciones de distinto alcance, supuestos y efectos. Mientras en el primer caso se está frente a una contradicción concreta, en atención al caso específico, entre una determinada aplicación de un precepto legal y la Constitución, en la segunda se afronta una situación de contradicción abstracta, absoluta y palmaria entre un precepto legal –sin considerar sus aplicaciones concretas– y la Constitución;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOCUARTO: Que la diferencia descrita exige una distinta fundamentación de una y otra decisión. En efecto, en primer lugar, la Constitución exige congruencia entre las decisiones pasadas y la declaración de inconstitucionalidad, pero no una igualdad de argumentaciones. Cada uno de los exámenes de

constitucionalidad de la ley va creando un verdadero sistema donde los controles pasados “despejan” a los futuros. Así, el control preventivo de la ley (artículos 37 y 45 bis de la Ley N° 17.997) se vincula con la acción de inaplicabilidad (artículos 47 B y 47 F, N° 2, de la Ley N° 17.997) y ésta a la declaración de inconstitucionalidad (artículos 47 R y 47 V de la Ley N° 17.997);

CENTESIMOSEPTUAGESIMOQUINTO: Que, a través de tal mecanismo, la Constitución y la ley orgánica constitucional aludida exigen a este Tribunal ser coherente en la identificación de los vicios en cada una de las etapas sucesivas del control de constitucionalidad de la ley, por cuanto éstos pueden presentarse en distintos casos y demostrarse de manera diferente. En todo caso, en sede de inconstitucionalidad el Tribunal no puede ampliar su campo de acción a infracciones constitucionales sobre las que no se ha pronunciado antes. En otras palabras, lo que le está impedido hacer a esta Magistratura es ampliar los vicios que justifican su fallo, pero no así el abundar en las razones que le sirven de apoyo;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOSEXTO: Que, por tanto, aunque se trate del mismo vicio, es posible fundamentar su existencia de un modo distinto a lo declarado en las inaplicabilidades previas. Si el Tribunal estuviera vinculado por las consideraciones que tuvo en el pasado, la facultad del artículo 93, inciso primero, N° 7°, constitucional perdería sentido. Ella sería prácticamente automática e indistinguible de las inaplicabilidades;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOSÉPTIMO: Que, a su vez, el vicio cuya existencia se exige consiste en una contradicción entre el precepto legal que fue declarado inaplicable y la Constitución. Por lo tanto, hay que buscar una identidad entre los preceptos constitucionales que fueron considerados como infringidos en sede de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad; no en la argumentación empleada en aquélla. Ello se demuestra en la forma en que está redactado el artículo 47 V de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal, que señala: *“la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados trasgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOCTAVO: Que en el presente caso existe una identidad entre las normas constitucionales que se consideran infringidas con aquellas identificadas en las sentencias de inaplicabilidad previas. Se han declarado vulnerados los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución. Por tanto, los vicios que en esta sentencia se invocan son los mismos que se consideraron en las inaplicabilidades previas;

CENTESIMOSEPTUAGESIMONOVENO: Que, de acuerdo a la sentencia pronunciada en el proceso Rol 1288-2008-INA, que declaró inconstitucional la norma del proyecto de ley orgánica constitucional de esta Magistratura que establecía un plazo para el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Constitución, no existe hoy en día un plazo para su ejercicio. Se tuvo presente que *“no es posible concluir que haya sido la voluntad del constituyente subordinar el ejercicio de la función de velar por la supremacía constitucional que le ha encomendado a esta Magistratura, en una situación de tanta relevancia que puede determinar que uno o más preceptos legales sean expurgados de nuestro ordenamiento jurídico, a que la cuestión se promueva dentro de un plazo, como lo disponen las normas del proyecto que se analizan”* (C. 79°). Este Tribunal, por tanto, es libre de declarar la inconstitucionalidad de una ley sin perjuicio del tiempo transcurrido desde la declaración de inaplicabilidad, cumpliendo con los demás supuestos;

Y VISTO, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 6º, 19, N°s. 2º, 9º y 18º, 63 y 93, inciso primero, N° 7º, e inciso decimosegundo y 94, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE QUE LOS NUMERALES 1, 2, 3 y 4 DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, SON INCONSTITUCIONALES.

PUBLÍQUESE LA PRESENTE SENTENCIA EN EL DIARIO OFICIAL, FECHA DESDE LA CUAL SE ENTENDERÁN DEROGADOS LOS PRECEPTOS LEGALES DECLARADOS INCONSTITUCIONALES.

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto previene que concurre a lo resuelto en la sentencia, pero lo hace basado únicamente en la consideración de que los preceptos legales declarados inconstitucionales contienen una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido: a) el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y, b) un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad.

Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Fernández Fredes concurren a lo resuelto en esta sentencia, pero previenen en el sentido de que, en su opinión, la inconstitucionalidad comprende todo el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (hoy artículo 199 del DFL N° 1, de Salud, de 2005), en razón de las siguientes consideraciones:

I. Naturaleza jurídica del contrato de salud previsional.

1º Que, contra lo sostenido en estrados por algunas de las personas que emitieron opinión en favor de la constitucionalidad de la norma legal materia de examen, el contrato de salud previsional es una institución jurídica que se inscribe dentro del ámbito de la seguridad social y, por consiguiente, presenta diferencias sustanciales respecto del contrato de seguro mercantil regulado en el Código de Comercio y en sus leyes complementarias.

2º Que, en efecto, el contrato de salud previsional celebrado entre una Isapre y sus afiliados tiene por objeto cubrir contingencias de las llamadas vitales o sociales, cuyo rasgo característico es su carácter universal tanto desde el punto de vista subjetivo (compartición de riesgos entre una pluralidad considerable de personas) como desde un ángulo objetivo, es decir, respecto de prestaciones que todos los seres humanos requerimos frente a necesidades que nos son comunes y que la vida depara inevitablemente.

3º Que, a diferencia del rasgo precedentemente anotado y que es común a todas las expresiones de seguro social, en el seguro mercantil el riesgo que se desplaza es de ocurrencia eventual o incierta para el asegurado, lo que explica que el monto de la prima o precio que éste paga por el seguro sea directamente proporcional al grado mayor o menor de siniestralidad o exposición al riesgo que la persona o cosa asegurada presente.

4º Que, así las cosas, en el contrato de salud suscrito por un asegurado con una Isapre no es concebible la existencia de una relación lineal (como en el seguro mercantil) entre el monto de la prima y la mayor o menor probabilidad de ocurrencia del siniestro, motivo por el cual en todas las modalidades de seguro social (y, como ha quedado dicho, el contrato de salud previsional lo es) resulta insoslayable la existencia de un grado de redistribución solidaria de los costos del sistema entre todos los afiliados al mismo.

5° Que no le resta carácter de seguro social al contrato de salud previsional el hecho de que sea de celebración voluntaria por el asegurado y que su administración se ejerza por un ente privado, toda vez que ello es una simple consecuencia de la posibilidad constitucionalmente admitida (y alentada) de que los particulares intervengan en la administración de los sistemas de financiamiento de las prestaciones de salud. Pero no hay que perder de vista que si lo hacen, es en calidad de sustitutos institucionales del Estado, sujetos a las mismas condiciones en que éste lo haría para atender satisfactores de indudable relevancia e impacto colectivo, como es el caso.

6° Que por todo lo anteriormente expresado resulta claro, a juicio de estos previnientes, que las normas del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 que permiten incrementar los precios base de los contratos de salud por la vía de aplicarles factores de riesgo independientes de la voluntad de los sujetos asegurados (como son el sexo y la edad), más aun si se considera que esos precios base están expresados usualmente en unidades indexadas, que se reajustan automáticamente conforme se incrementa el Índice de Precios al Consumidor, vulneran ostensiblemente las garantías constitucionales consagradas en los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental y, por ello, el vicio de inconstitucionalidad afecta al mencionado artículo en toda su extensión.

II. Transgresión al principio de reserva legal en la regulación de las condiciones para la prestación de acciones de salud.

7° Que aun para el evento de considerarse (como lo hace este fallo) que un mecanismo de reajuste razonable y proporcionado de los montos de las primas por los contratos de salud previsional no sería en sí mismo inconstitucional, incluso basando tales reajustes en los criterios de sexo y edad de los asegurados, resulta inconcuso para estos previnientes que ello sólo podría hacerse por medio de una ley que fijara precisa e inequívocamente la fórmula de reajustabilidad y no encomendando tal facultad a la autoridad administrativa ni mucho menos habilitando a las Isapres para determinar libremente los factores a aplicar con tal objeto. Por ello, son también inconstitucionales todos los preceptos contenidos en el mencionado artículo que así lo permiten.

Lo anterior se basa en el claro tenor del inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 constitucional, en cuya virtud **es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley**, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres, quien estuvo por negar lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –que corresponde al actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005-, en la parte que indica la sentencia, por las razones que se consignan a continuación:

I.- De la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal.

1°.- Que, como se sabe, la facultad para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal fue conferida al Tribunal Constitucional por la Ley N° 20.050, de 2005, que, entre otras materias, modificó las atribuciones de esta Magistratura, agregando algunas nuevas, como es el caso de la que hoy se contiene en el numeral 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución;

2°.- Que, hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha ejercido la potestad conferida por la norma constitucional señalada en cinco ocasiones: en tres casos, declarando la inconstitucionalidad de un precepto legal o de una parte del mismo (roles

N^{os}. 681, 1.254 y 1.345) y en dos oportunidades, rechazando una declaración similar (roles N^{os}. 558 y 590 acumulados y 1.173);

3^o.- Que los pronunciamientos referidos a la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en lo que respecta a la expresión “gratuitamente”, y del artículo 171 del Código Sanitario, respecto de la frase “para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa”, han sido emitidos sobre la base de constatare, por esta Magistratura, el cumplimiento de los presupuestos que se desprenden del artículo 93, inciso primero, N^o 7^o, e inciso duodécimo, de la Constitución. En otras palabras, una vez que se comprobó: a) que la norma cuya constitucionalidad se cuestionaba era un precepto de rango legal; b) que dicha norma había sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal, pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N^o 6^o, e inciso undécimo de la Carta Fundamental; y c) que el respectivo proceso de inconstitucionalidad se había iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por esta Magistratura o por una resolución de la misma actuando de oficio;

4^o.- Que a las exigencias constitucionales anotadas debe agregarse aquella que se desprende de lo preceptuado en el artículo 47 V de la Ley N^o 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, en el sentido que *“la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*;

5^o.- Que, sin perjuicio de lo señalado, las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por este Tribunal han ido configurando una doctrina que esta juez disidente estima necesario sintetizar para razonar, posteriormente, sobre la factibilidad de declarar la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N^o 18.933, con los efectos previstos en el artículo 94 de la Carta Fundamental;

6^o.- Que, así, una primera consideración inherente al examen que tiende a determinar la inconstitucionalidad de un precepto legal consiste en que el juicio que realiza el Tribunal Constitucional sea el propio de un control abstracto que, por su propia naturaleza, está destinado a producir efectos *erga omnes*. En la sentencia recaída en los roles N^{os}. 558 y 590 acumulados, nuestra Magistratura señaló, en este sentido, que: *“el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal emana de su propio enunciado, sin referencia a una situación singular”* (considerando 5^o).

Por su parte, explicando la diferencia entre el juicio de inaplicabilidad y el de inconstitucionalidad de un precepto legal, este Tribunal ha sostenido que: *“el carácter concreto y no abstracto del requerimiento de inaplicabilidad y de la sentencia de esta Magistratura que lo decide, son de efectos necesariamente acotados a las partes respectivas, debiendo ser desestimada toda pretensión de extenderlos a otras gestiones pendientes, sean iguales o semejantes, porque hacerlo involucraría infundirle las cualidades de abstracción y generalidad que singularizan el pronunciamiento de inconstitucionalidad, erga omnes, de cierta disposición legal.”* (Sentencia Rol N^o 1.218, considerando 13^o).

En efecto, el análisis tendiente a determinar la eventual inconstitucionalidad de un precepto legal, por mucho que tenga como antecedente una o más declaraciones previas de inaplicabilidad de la misma norma, debe superar el solo juicio de aquéllas para proyectarse sobre todas las posibles situaciones de aplicación de la norma, sin referencia a una o varias situaciones particulares. Ésta es la única forma de armonizar la declaración

de inconstitucionalidad que se pretende con la presunción de legitimidad que ampara a los actos del legislador y que, en definitiva, llevará a expulsar la norma cuestionada del ordenamiento jurídico vigente.

Por otra parte, y en opinión de quien suscribe este voto, debe considerarse que la sentencia constitucional por la cual se deroga un precepto legal introduce una profunda alteración en el sistema de fuentes del derecho, según el cual la ley, en principio, sólo puede quedar sin efecto de la misma manera en que fue aprobada. Así, dejar sin efecto una ley en virtud de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que declara su inconstitucionalidad exige un ejercicio de particular prudencia por parte de una Corte como ésta;

7°.- Que un segundo criterio aplicable a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, ya sea producto del ejercicio de una acción pública o de un proceso instruido de oficio, como en este caso, es que no exista ninguna interpretación de la norma cuestionada que permita armonizarla con la Carta Fundamental. En ese sentido, la sentencia recaída en el Rol N° 681, afirmó que: *“tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y **sólo en el evento de no ser ello posible**, unido a la necesidad de cautelar integralmente la vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, **resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad**”* (considerando 8°) (las negritas son nuestras).

La misma razón recordada fue la que llevó a desechar la acción pública de inconstitucionalidad deducida contra el artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal, en la sentencia roles acumulados N°s. 558 y 590. En dicha oportunidad, este Tribunal expresó: *“Que, desde la perspectiva de un cotejo abstracto con la Constitución, el precepto legal contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal no aparece, en principio, vulnerando **–en todo evento y modalidad de aplicación– el mandato del artículo 61, inciso segundo, de la Constitución (...)**”* (considerando 1°) (las negritas son nuestras);

8°.- Que las referencias jurisprudenciales que se han recordado se avienen con las opiniones de autorizados iuspublicistas como Víctor Ferreres Comella, quien señala:

“La presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional expresa. Para mostrar que se da esta incompatibilidad, el impugnante habrá de mostrar que la interpretación correcta del primer texto (el de la ley) contradice la interpretación correcta del segundo (el de la Constitución). Cualquier duda acerca de la interpretación correcta de uno u otro texto se resolverá a favor de la ley: in dubio pro legislatore.

Dado que las dudas pueden suscitarse tanto respecto del texto de la ley como respecto del texto constitucional, hemos de distinguir dos casos distintos. En unos casos, lo que no está claro es qué norma expresa el texto de la ley. Entonces –cabe sostener– el juez debe presumir que el legislador no quiso aprobar una norma inconstitucional, por lo que debe interpretar el texto de la ley de tal modo que incorpore una norma conforme con la Constitución. Se trata, en definitiva, de aplicar la doctrina de la “interpretación de la ley conforme a la Constitución”, que hemos examinado en el capítulo primero. En otros casos, en cambio, lo que no está claro es qué norma expresa el texto constitucional, porque

existen varias propuestas interpretativas que son razonables. Entonces –cabe decir- **el juez constitucional no debe dar el paso de estimar correcta aquella propuesta interpretativa bajo la cual la ley es inconstitucional, frente a aquellas otras propuestas también razonables bajo las cuales la ley es constitucional.** En su lugar, el juez de la constitucionalidad debe entender que la cuestión acerca de cuál es la interpretación correcta del texto constitucional es dudosa, con la consecuencia de que debe optar por declarar válida la ley. A veces se habla del principio de “interpretación de la Constitución conforme a la ley” para referirse a esta doctrina.” (Justicia constitucional y democracia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 141 y 142) (Las negritas son nuestras).

En un sentido similar, Ignacio de Otto sostiene que:

“De que la ley sea expresión de la voluntad popular deriva la consecuencia de que opere en su favor una presunción de legitimidad constitucional, en virtud de la cual **sólo procederá declarar su inconstitucionalidad cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión con la norma constitucional**” (De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, p. 148) (las negritas son nuestras);

9°.- Que, además, de los fallos de inconstitucionalidad pronunciados por este Tribunal puede inferirse una última exigencia, consistente en que la declaración del Tribunal Constitucional, mediante la cual se expulsa del ordenamiento jurídico vigente un determinado precepto legal, no debe acarrear efectos aún más nocivos que los que produce la supervivencia del precepto cuestionado. Así se razonó en la sentencia recaída en el Rol N° 1.173 cuando, a propósito de los presupuestos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, se señaló que “a lo anterior se une una delicada apreciación acerca de si una decisión de tal envergadura puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su supervivencia, tal y como fuera también destacado en sentencias roles N°s. 558 y 590 (acumulados), de 5 de junio de 2007 (...)” (considerando 4°). En esta última decisión, este Tribunal había advertido que:

“el ordenamiento constitucional es un sistema normativo, que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamenta, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. **Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal.** Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma.” (Considerando 19°) (Las negritas son nuestras);

10°.- Que, en el mismo sentido recién anotado, puede recordarse lo afirmado por el maestro español, Eduardo García de Enterría:

“(…) La anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para los poderes públicos. Con frecuencia esa anulación, que no implica por sí misma el restablecimiento de vigencia de la Ley anterior a que sustituyó la anulada (Cfr., art. 2, 2 CC), y la laguna que crea, puede determinar de hecho, como ha dicho alguna vez el

Tribunal Constitucional italiano, una “situación de mayor inconstitucionalidad” en la solución práctica de los problemas que la Ley anulada regulaba. Este horror vacui es el que determina el principio formulado así por el Tribunal Federal Constitucional alemán: “es válido el principio de que una Ley no puede ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución”. (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ª Ed., Madrid, 1985, pp. 95 y 96).

El ex magistrado de la Corte Constitucional de Italia, Gustavo Zagrebelsky, ha afirmado, por su parte, que:

*“(…) la justicia constitucional como función “modesta”, no “agresiva” (…) reconoce una suerte de primacía al legislador democrático, como intérprete auténtico de las concepciones éticas y políticas de la comunidad e insiste sobre el necesario self restraint de las cortes y sobre la necesaria ética de las consecuencias. **Cuando están en juego dos apreciaciones distintas, además de los principios y las convicciones, debe considerarse con pragmatismo también la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones.**”* (Jueces constitucionales. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Año 6, 2006, p. 320). (Las negritas son nuestras).

11°.- Que, de esta forma, la consideración de los efectos que la declaración de inconstitucionalidad va a generar, no sólo respecto del ordenamiento jurídico, sino que en un sentido amplio, se torna imprescindible para el juez constitucional. Con mayor razón cuando, como en el caso sometido a la decisión de este Tribunal, se encuentran en juego aspectos medulares del sistema de salud vigente en Chile que combina los esfuerzos públicos y privados que el legislador ha debido regular en forma congruente con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental.

Es por esta razón, avalada por la doctrina constitucional autorizada, que esta juez disidente no comparte lo razonado en el considerando cuadragésimo cuarto de la sentencia, que llama al juez constitucional a no “inhibirse” de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, aunque esté consciente del impacto político, económico y social de sus decisiones. Por el contrario, en concepto de quien suscribe este voto, la consideración de los efectos que la sentencia denomina “extrajurídicos” resulta fundamental a la hora de decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal, pues de su análisis integral puede concluirse que tal declaración producirá un efecto más inconstitucional que el que se trata de prever, lo que es razón suficiente para que la magistratura constitucional se abstenga de expulsar el referido precepto del ordenamiento jurídico vigente;

12°.- Que, en esta misma línea de razonamiento, en diversos ordenamientos constitucionales comparados se ha tenido presente el peligro que encierra la declaración de inconstitucionalidad de la ley, con su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico, si, como consecuencia de esa declaración de inconstitucionalidad, se generará un efecto aún más nocivo del que tal declaración trata de remediar. Así, en Alemania, por ejemplo, se han elaborado diversas técnicas para suavizar el impacto político de las decisiones del Tribunal Constitucional o evitar el caos político o económico que podría resultar de la declaración de inconstitucionalidad (Kommers, Donal P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ª edición, Duke University Press, Durham-London, 1997, p. 53). De esta forma, si una norma declarada nula (inconstitucional) por el Tribunal Constitucional de Alemania ha abrogado la norma precedente, ésta no queda inmediatamente sin vigor como consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad sino hasta que el legislador competente llene la laguna existente (Olivetti, Marco, y

Groppi, Tania. *La Giustizia Costituzionale in Europa*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 111).

Por lo demás, debe recordarse que, tal como lo han planteado diversos profesores de Derecho Constitucional, encabezados por Pablo Contreras, y que se han hecho presentes en estos autos, durante la tramitación de la reforma constitucional aprobada en el año 2005 mediante la Ley N° 20.050, se planteó una moción parlamentaria destinada a conceder el plazo de un año para la entrada en vigencia del fallo del Tribunal Constitucional que hubiere declarado la inconstitucionalidad de la ley. Agregan que “*con ello se pretendía crear una especie de período de creación normativa para que el Congreso Nacional regulara la materia que quedaría no cubierta por la inconstitucionalidad (...)*” (p. 6). Esta moción fue desechada, no obstante que habría contribuido a morigerar el impacto de la declaración de inconstitucionalidad en el contexto del ordenamiento jurídico como un todo.

Los propios Tribunales Constitucionales también han ido dejando constancia en sus fallos de la preocupación por los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad. Así ocurre con la Corte Constitucional de Colombia, que ha afirmado que “*no siempre la constatación de que una norma es inconstitucional acarrea inevitablemente su automática declaración de inexecutable, por la sencilla razón de que puede ocurrir que el retiro inmediato de la disposición del ordenamiento ocasione una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales.*” (Sentencia C-141/01, de 7 de febrero de 2001);

13°.- Que, con arreglo a los criterios esbozados, se procederá a examinar la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, a fin de fundamentar una decisión que se avenga con las exigencias establecidas en la propia Constitución y en la ley orgánica de este Tribunal, así como también con aquellas delineadas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas y, ciertamente, con los criterios ya sentados por esta propia Magistratura Constitucional.

II.- Los fallos previos de inaplicabilidad recaídos sobre el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 y su relación con este proceso de inconstitucionalidad.

14°.- Que la resolución pronunciada por este Tribunal que ha dado inicio al presente proceso de inconstitucionalidad ha tenido presente cuatro sentencias previas de inaplicabilidad, que dan cumplimiento al requisito constitucional de resolver la inconstitucionalidad “*de un precepto legal declarado previamente inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior*” (artículo 93, inciso primero, N° 7°). Se trata de los roles N°s. 976, 1218, 1287 y 1273;

15°.- Que, con miras a resolver la cuestión que ocupa a esta Magistratura, resulta necesario precisar las características que tienen los aludidos pronunciamientos de inaplicabilidad -que corresponden a la modalidad de un control concreto de constitucionalidad-, que sólo obligan al juez y a las partes que intervienen en la gestión judicial pendiente en la que, precisamente, se ha solicitado inaplicar un precepto legal;

16°.- Que, desde el punto de vista de tales características, puede sostenerse que:

1. Las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación, de un alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.

2. Los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.

3. Cada uno de los procesos de inaplicabilidad registró, como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante las Cortes de Apelaciones del país, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir unilateralmente el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores ya mencionada.

4. Los respectivos contratos de salud habían sido suscritos antes y después de la vigencia de la Ley N° 20.015, que modificó el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en julio del año 2005.

5. Los preceptos constitucionales que se estimaron vulnerados por las respectivas sentencias de inaplicabilidad fueron los numerales 2° (igualdad ante la ley); 9° (derecho a la protección de la salud, en lo que se refiere, específicamente, a la libertad de elegir el sistema de salud); y 18° (derecho a la seguridad social) del artículo 19, sobre la base de las argumentaciones que se sintetizarán más adelante. Estos preceptos son los únicos sobre los cuales puede fundarse una eventual declaración de inconstitucionalidad de acuerdo a lo prevenido por el artículo 47 V de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional;

17°.- Que esta Ministra disidente concurrió a las referidas declaraciones de inaplicabilidad considerando, precisamente, que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza del precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores, se producía considerando el factor edad a que ella alude, de forma que personas que, objetivamente, se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas.

En efecto, es natural pensar que a medida que avanza la edad, en forma por lo demás coincidente con el momento para jubilar, disminuye la percepción de los ingresos de las personas tornando prácticamente imposible asumir cualquier alza del precio del plan de salud comunicada por la Isapre respectiva.

Al mismo tiempo, tampoco podría discutirse el hecho de que en la medida que una persona avanza en edad, su salud se torna más frágil, demandando una mayor cantidad de prestaciones tanto de medicina preventiva, curativa como de rehabilitación. De allí que se sostiene que *“a edad avanzada, el organismo no responde de igual forma ante las patologías y las condiciones ambientales que lo amenazan, comenzando a manifestarse deterioros del organismo que traen consecuencias que se traducen en pérdidas de la funcionalidad. Así, muchas de las patologías recurrentes que enfrentan los mayores los hacen más vulnerables a caer en dependencia.”* (Las personas mayores en Chile. Situación, avances y desafíos del envejecimiento y la vejez. Documento elaborado por el Servicio Nacional del Adulto Mayor, Santiago, 2009, p. 11).

Ante dicho escenario, cobra especial trascendencia la finalidad asignada al Estado, en colaboración con los particulares, de contribuir a *“crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”* (artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución Política), finalidad en la que, en lo que se refiere al derecho a la protección de la salud, los particulares colaboran hoy en día, en virtud del principio de subsidiariedad;

18°.- Que, en la misma línea argumental, conviene recordar que la sentencia recaída en el Rol N° 976 precisó:

“Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es exactamente lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución.” (Considerando 36°).

“Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero, con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud (...).” (Considerando 37°);

19°.- Que la sentencia recaída en el Rol N° 1.273 reúne la totalidad de los argumentos que, configurando vicios de inconstitucionalidad, llevaron a declarar inaplicable, en cuatro casos concretos, el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, más conocida como Ley de Isapres. Esos argumentos pueden sintetizarse como sigue:

1. La diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución) (considerando 72°). Luego, se vulnera el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental;

2. La evolución del factor edad consultado en las respectivas tablas de factores, incorporadas a cada contrato, como consecuencia de haber cumplido 60 años o más, implica que no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Si el respectivo afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligado a abandonar el sistema privado de salud para incorporarse, obligadamente, al equivalente público vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución (considerandos 66° y 67°);

3. La existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social, garantizado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social –entre las que se encontraría el contrato de salud previsional- el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (considerandos 78° y 80°);

20°.- Que habiéndose recordado las principales características de los procesos de inaplicabilidad –roles N°s. 976, 1218, 1273 y 1287- que han servido de fundamento al actual proceso de inconstitucionalidad, corresponde preguntarse, precisamente ahora, si

el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o Ley de Isapres, resulta contrario, en abstracto, a uno o más preceptos de la Carta Fundamental, esto es, si el referido precepto es inconstitucional *per se*, más allá de aquellos casos en que ha sido declarado inaplicable y si ninguna interpretación posible del mismo permite conciliarlo con la Ley Suprema.

III. Análisis constitucional en abstracto del artículo 38 ter de la Ley de Isapres e interpretaciones posibles.

21°.- Que, a pesar de que ha sido reproducido en el fallo, esta disidencia no puede prescindir de la cita pertinente del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las Leyes N°s. 18.933 y 18.469, que señala:

Artículo 38 ter.- “Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;

2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;

3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;

4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;

5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen dicha tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 197.”;

22°.- Que para entender la forma en que se determina el precio del plan de salud que debe pagar cada afiliado a una Institución de Salud Previsional puede acudir a la explicación entregada por S.E. el Presidente de la República en su escrito de observaciones acompañado a estos autos. Allí se indica que la cotización que pagan los afiliados por su plan de salud consulta los siguientes elementos que determinan el precio final a pagar (p. 33):

1. **Precio base:** corresponde al valor del plan de salud considerado aisladamente, sin atender a los afiliados, por lo que debe ser el mismo precio para todos los adscritos al mismo plan. El D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, señala al respecto que la expresión “precio base” corresponde al *“precio asignado por la Institución a cada plan de salud”* (artículo 170, letra m). El artículo 197, inciso tercero, señala, por su parte, que *“anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario.”*

2. **Factor etario:** la normativa vigente permite que los planes de salud tengan una Tabla de Factores asociada, la que asigna diversos factores a ciertos tramos etarios que cada una define, según se trate del titular del contrato y los beneficiarios, masculinos y femeninos. El artículo 170, letra m) del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, expresa, en su parte final, que: *“El precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores.”*

3. **GES (garantías explícitas de salud):** estas garantías, derivadas del Plan Auge, constituyen el núcleo básico de las prestaciones básicas y uniformes en materia de salud, sin consideración a factores de sexo y edad. Su precio se fija en conformidad a las normas de la Ley N° 19.966 y sus reglamentos correspondientes, teniendo cada Isapre un valor único para todos sus beneficiarios, sin importar el plan de salud al que estén adscritos;

23°.- Que, así, el precio o cotización del plan de salud de cada afiliado se fija multiplicando el precio base del plan respectivo por la suma de factores etarios del afiliado y sus cargas, sumando a este resultado el valor de las GES por cada beneficiario;

24°.- Que, en consecuencia, la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005), otorga los parámetros por los que se debe multiplicar el precio base de cada plan de salud, dependiendo de la edad del afiliado, de su sexo y de su condición de cotizante o carga. De allí que la letra n) del artículo 170 del decreto con fuerza de ley mencionado defina la “tabla de factores” como: *“aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, **según edad, sexo y condición de cotizante o carga**, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá un valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.”* (Las negritas son nuestras);

25°.- Que, como se expresó, y de acuerdo a la ley vigente, la estructura de la tabla de factores debe ser fijada por la Superintendencia de Salud mediante instrucciones de general aplicación, considerando los factores de sexo, edad y la condición de cotizante

o de carga. El inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005-, establece las reglas específicas a que debe sujetarse el cumplimiento de este cometido de la Superintendencia en relación con cada rango de edad. Específicamente, se señala que, cada diez años, la Superintendencia deberá fijar la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo. Por su parte, y como recuerda el considerando 60° del fallo, el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 fijó dicha relación entre factores, para el primer período de diez años (2005-2015), en “*hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y hasta 14 veces, en el caso de los hombres*”. Esta diferencia fue ratificada en la Circular N° 6, de 2 de junio de 2005, de la Superintendencia de Salud, tal como se recuerda en el considerando 61° de la sentencia;

26°.- Que, en consecuencia, y tal como lo ha hecho presente el Informe de la firma Clarke y Asociados, de mayo de 2010, acompañado a estos autos por la Isapre Banmédica, la estructura de la tabla de factores que forma parte de los contratos de salud previsional, como los que suscribe esa Isapre, a partir de la vigencia de la Ley N° 20.015 y de conformidad con lo establecido por la circular aludida precedentemente, es la siguiente:

	Tabla Factores Precio		
Tramo Edad	Afiliados		Cargas
	Hombre	Mujer	
0-1	1,8	1,8	1,8 1,8
2-4	0,8	0,8	0,6 0,6
5-9	0,7	0,7	0,5 0,5
10-14	0,7	0,7	0,5 0,5
15-19	0,7	0,7	0,5 0,5
20-24	0,8	2,0	0,5 0,8
25-29	0,9	2,4	0,7 1,5
30-34	1,0	3,3	1,0 1,9

35-39	1,0 3,3	1,0 1,8
40-44	1,2 2,4	1,2 1,6
45-49	1,3 2,4	1,3 1,8
50-54	1,6 2,5	1,6 1,9
55-59	2,1 2,6	2,1 2,1
60-64	2,7 2,7	2,7 2,7
65-69	3,2 3,2	3,2 3,2
70-74	3,8 3,8	3,8 3,8
75-79	4,5 3,9	4,5 3,9
80 y más	4,7 4,5	4,7 4,5

En la referida tabla de factores puede comprobarse, efectivamente, que la diferenciación de factores, por tramo, se produce en consideración a la edad, al sexo y la condición de cotizante o carga de cada persona;

27º.- Que sobre la base del ejemplo de la estructura de la tabla de factores que se ha consignado en el considerando que precede, cabe analizar si tal estructura resulta contraria a los derechos a la igualdad ante la ley, a la libre elección del sistema de salud y a la seguridad social de cualquier afiliado al sistema de salud privado que administran las Instituciones de Salud Previsional, más allá de las situaciones examinadas por esta Magistratura y que han llevado a declarar inaplicable el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en aquellos casos particulares;

28º.- Que, en ese sentido, basta observar la tabla de factores indicada como ejemplo en este voto, para darse cuenta que ella genera una situación de bastante estabilidad para aquellos cotizantes cuyas cargas oscilan entre los 2 y los 19 años de edad, toda vez que, en esos tramos, el factor tiende a mantenerse e, incluso, a bajar (de 0,6 a 0,5), independientemente del sexo de la carga. En el caso de los cotizantes, el factor es el mismo (0,7) entre los 5 y los 19 años de edad, independientemente del sexo del afiliado.

Por ello y en términos estrictamente constitucionales, no puede decirse que, en dichos tramos, se introduzcan diferencias carentes de razonabilidad, que vayan a incidir

en que los afiliados se vean impedidos de continuar cotizando en la Isapre respectiva debiendo emigrar, forzosamente, al sistema público de salud, tornando ilusorio, al mismo tiempo, su derecho a elegir el sistema de salud. En otras palabras, no puede sostenerse, a juicio de esta juez disidente, que las reglas sobre tramos de edad contenidas en los numerales 2 y 3 del inciso tercero del artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005 (que corresponde al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933), sean contrarias a la Constitución en toda circunstancia, en la medida que, como se ha comprobado al analizar la estructura de una de las tablas de factores utilizada en el mercado, puede apreciarse que, en determinados tramos, el factor correspondiente a la edad del afiliado o de sus cargas tiende a mantenerse en el tiempo o, incluso, a bajar.

Del mismo modo, no se ve cómo la mantención o la rebaja del factor a lo largo de la etapa que va desde los 2 a los 19 años de edad pueda estimarse vulneratoria del derecho a la seguridad social que exige atender debidamente a los estados de necesidad que afectan a las personas y que obliga al Estado a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas y uniformes, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas.

Más bien, podría decirse que la estructura de la tabla de factores que se ha analizado resulta conveniente para familias que tengan hijos entre esos tramos de edad, pues les brindaría estabilidad en un período en que deben afrontar accidentes escolares – que suelen ser frecuentes-, así como enfermedades propias de esa etapa de la vida cuando, al mismo tiempo, deben sufragarse gastos escolares que encarecen cualquier presupuesto familiar;

29°.- Que bastaría con tener en cuenta las consideraciones que preceden para estimar que no procede declarar inconstitucional los numerales indicados del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres –que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005-, pues, como ha quedado demostrado, la afectación de los derechos constitucionales constatada en los procesos previos de inaplicabilidad, no se produce respecto de todos los casos a los que se aplica la tabla de factores a que ella alude, lo que remite, más bien, a un examen de constitucionalidad caso a caso, propio de un control concreto y no de un control abstracto de constitucionalidad como el que en esta oportunidad se verifica;

30°.- Que, en otras palabras y a juicio de quien suscribe este voto, la introducción de factores de edad y de sexo en las tablas de factores no resulta inconstitucional en sí misma, sin desconocer que su aplicación a determinadas situaciones es la que podría producir resultados contrarios a la Carta Fundamental, dependiendo de si el alza del precio del plan de salud, efectivamente, importa la afectación de derechos fundamentales;

31°.- Que, en esta línea de razonamiento, cabe recordar la historia de la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2005, que introdujo el artículo 38 ter a la Ley N° 18.933. Lo primero que llama la atención es que esta norma no venía incluida en el Mensaje del Presidente de la República, sino que fue adicionada mediante la indicación N° 43 formulada por el Ejecutivo.

Precisamente, explicando el sentido de esta indicación, el Superintendente de Salud sostuvo que, en diciembre de 2003, existían más de 2.440 tablas de factores por sexo y edad, lo que hizo posible que las Instituciones de Salud Previsional aplicaran “políticas de nichos”, en desmedro de la solidaridad. Así, se buscó reducirlas a una tabla por cada plan y a no más de dos para todos los planes que comercialice cada institución. En lo que se refiere a ***“la relación máxima establecida entre el factor mínimo y el máximo de cada tabla en las reglas 4 y 5 del inciso tercero, manifestó que esas cifras están basadas en el análisis de los costos reales que para las Instituciones de***

Salud Previsional significan sus usuarios diferenciados por sexo, extraídas de los datos recogidos entre 2001 y 2003, y están en estrecha correspondencia con las que se practican en las tablas de otros países. *Precisó que esas disposiciones determinan que el factor máximo de una determinada tabla no puede ser más de 9 veces el factor mínimo de la misma, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres.* (Historia de la Ley N° 20.015. Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado en el segundo trámite constitucional, 25 de enero de 2005. Boletín N° 2981-11). (Las negritas son nuestras).

De los párrafos recordados de la historia de la ley es posible extraer, a modo de conclusión, que la relación entre los factores mínimo y máximo de cada tabla no obedeció a un criterio arbitrario del legislador, a diferencia de lo que sostiene el fallo en su considerando 125°, cuando afirma que **“el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, materializado para los primeros diez años de vigencia de la norma en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, es arbitrario, pues establece, sin más, un rango excesivo en el cual se puede mover la fijación del precio de su plan de salud.”** (Las negritas son nuestras).

Como ha podido demostrarse, el criterio considerado por el legislador fue el de la experiencia de las tablas aplicadas en otros países, lo que elimina la característica de arbitrario que se imputa al precepto contenido en el N° 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933;

32°.- Que la explicación anterior debe ser complementada con los antecedentes contenidos en el Informe “Eliminación de la Tabla de Factores: Impactos y experiencia internacional”, de mayo de 2010, de la Superintendencia de Salud, acompañado por S.E. el Presidente de la República. En él puede observarse que la tabla de factores se elabora sobre la base del concepto de “factor de riesgo”. Como señala el informe, *“lo que pretende la ley al incorporar la tabla de factores es introducir un mecanismo equitativo de asignación de factores de riesgo de los afiliados (...)”* (p. 11). Agrega que *“en la práctica, la estructura de factores establecida por las Isapres para los diferentes tipos de beneficiarios en cada tabla, busca vincular los precios a los gastos esperados en prestaciones de salud y subsidios por incapacidad laboral (SIL) de cada individuo según sus propias características. Es decir, la operación de un principio de equivalencia en que cada cual pague de acuerdo con su propio nivel de riesgo.”* (idem). Tal razonamiento se adiciona con el Gráfico 1 referente a la “Tabla de Factores y del Gasto Observado de Prestaciones de Salud y SIL, por Sexo y Grupos de Edad del Sistema Isapre al año 2009” (p. 13). En él se lee:

“Desde el grupo de edad 15-19 años y hasta el grupo 55-60 años, las mujeres tienen un gasto observado superior al de los hombres, lo que corresponde básicamente a la edad fértil de la mujer, con una curva positiva entre los 25 y 44 años, en plena etapa reproductiva. A partir de los 60 años, los gastos en las mujeres se incrementan, pero a una tasa menor que los hombres adultos mayores (...).

A partir del tramo de edad 60-64 años, los hombres presentan un mayor gasto observado de prestaciones de salud con respecto a las mujeres (...).” (pp. 13-14).

Similares argumentos, en base a cuadros estadísticos, se contienen en el Informe de Clarke y Asociados, presentado por Isapre Banmédica, páginas 7 a 10. El mismo diagnóstico es reproducido en el Informe de Alejandro Ferreiro, de diciembre de 2009, acompañado por la Asociación de Isapres, páginas 23 y 24.

En lo que respecta a la experiencia internacional, el Informe de la Superintendencia de Salud señala que **“al aplicar el ajuste de riesgos los distintos países aplicaron distintos modelos y tipo de ajustadores *teniendo todos en común la edad.*”**

Pero Bélgica incorporó **edad/género**, urbanización, discapacidad, ingreso, tipo de empleo, y mortalidad, todo en un modelo agregado de regresión. Alemania **edad/género**, discapacidad, licencias médicas e ingreso. Holanda **edad/género**, urbanización, licencias y corrección por costos históricos. Suiza **edad/género** y región e Israel **sólo edad** (...). (p. 47). (Las negritas son nuestras).

Cabe dejar constancia que las citadas estadísticas y las conclusiones que de ellas se derivan no han sido refutadas ni desvirtuadas en estos autos, lo que permite concluir, en este punto, que las reglas contenidas en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, y especialmente esta última, en cuanto a la diferencia entre el factor mínimo y máximo en las tablas de factores, no obedeció al capricho del legislador, sino que constituyó una aplicación de la experiencia internacional en la materia, además de la consideración del incremento de prestaciones de salud que, objetivamente, se observa en ciertos grupos etarios como los adultos mayores y las mujeres en edad fértil;

33°.- Que, desde esta perspectiva, la introducción de elementos como el sexo y la edad, como criterios para estructurar la tabla de factores a que alude el artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005 –ex artículo 38 ter de la Ley N° 18.933-, tiene estrecha relación con la naturaleza del contrato de salud previsional en cuanto contrato de seguro privado donde el factor riesgo juega un rol fundamental.

En este sentido, Osvaldo Contreras Strauch ha sostenido que el contrato de seguro es *“aquel en virtud del cual se transfieren al asegurador uno o más riesgos, a cambio del pago de una prima, quedando éste obligado a indemnizar, dentro de los términos contractuales y legales, el daño que sufriere el asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas.”* Agrega que *“dentro del concepto de seguro que hemos dado, el riesgo es el elemento esencial y constituye, en general, la eventualidad de un suceso que ocasiona al asegurado una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero.”* (*El contrato de seguro*. Editorial Jurídica La Ley, Santiago, 2002, pp. 22 y 25).

Sergio Baeza Pinto entiende, por su parte, que el seguro tiene por objeto evitar que las personas sufran alteraciones en su nivel de vida, con motivo de las contingencias que pueden afectar a sus medios de subsistencia. Consiste en una de las formas técnicas de encarar la previsión, definida como *“un método que permite compensar los efectos materiales de riesgos realizados, mediante la concurrencia colectiva y anticipada de las personas amenazadas por determinadas contingencias”*. (*El Seguro*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 16));

34°.- Que no obstante constituir el contrato de salud previsional un seguro privado de salud, afecto, por ende, a las reglas propias de este tipo de contratos, no puede desconocerse que, por relacionarse con la satisfacción de derechos sociales básicos, como es el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, adquiere, más bien, un carácter mixto. Combina, así, los elementos propios de un contrato de seguro con la solidaridad indispensable que deriva de los factores propios de la seguridad social involucrados en la necesidad de asegurar el acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación, especialmente a los segmentos más vulnerables de la población.

Esta realidad mixta del contrato de salud es reconocida en el Informe de la Superintendencia de Salud, acompañado por el Ejecutivo, donde se precisa que: *“(…) académicos y países se han hecho la pregunta de ¿Cómo combinar la solidaridad, establecida por lo general constitucionalmente, con la elección del consumidor de seguro de salud? (Van de Ven et al, 2001). Un mercado de seguros de salud en el cual los*

consumidores pueden escoger periódicamente el pool de riesgo de seguro de salud en el que quieren estar, crea una gran oportunidad respecto de cómo alcanzar solidaridad en tal mercado. El principio de solidaridad, el cual es latamente valorado en particular en países de Europa, implica que los individuos de alto riesgo y bajo ingreso reciban un subsidio para incrementar su acceso a la cobertura del aseguramiento de la salud. Se usa el término solidaridad en el sentido de “subsidio de solidaridad” y no en el sentido de “solidaridad-por-opción” (...)” (p. 8).

La importancia de la solidaridad en materia de salud también quedó en evidencia en el debate parlamentario que precedió a la aprobación de la Ley N° 20.015, al sostener el diputado señor Bayo, en el primer trámite constitucional, que *“cuando los diputados analizaron las modificaciones introducidas en el Senado, llegaron a la convicción de que éstas apuntaban en un sentido correcto, porque se regula claramente el alza de precios, se reducen drásticamente las tablas de factores de riesgo a alrededor de treinta y cuatro, dos por cada Isapre; hoy hay más de dos mil. Además, la creación del fondo de compensación interisapres está destinado a compensar los riesgos en salud derivados de las enfermedades o de la diferencia de edad y sexo; se introduce un concepto de solidaridad: los más jóvenes ayudarán a pagar la salud de los más viejos quienes vivirán más tranquilos gracias a ese aporte.”*;

35°.- Que, a estas alturas, puede sostenerse que la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores, como aquella que contribuye a determinar el precio del plan de salud de las personas afiliadas a las Isapres en Chile, no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.

Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud;

36°.- Que, teniendo presente los razonamientos que preceden, una declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, introducido por la Ley N° 20.015, resulta improcedente, a nuestro juicio, por las siguientes razones:

1.- Porque, como se ha dicho, la diferenciación por cada tramo de la tabla de factores, en base a consideraciones de sexo y de edad, así como las reglas para estructurar los tramos respectivos que se contienen en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, no son, en sí mismas, arbitrarias, sino que obedecen a factores objetivos que les imprimen una justificación racional.

2.- Porque la facultad asignada a la Superintendencia de Salud por el N° 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, no se ha ejercido directamente. Fue el artículo 2° transitorio de la Ley N° 20.015 el que fijó, para los primeros diez años, a contar de la vigencia de la ley (2005-2015), la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, pero no es ésta la norma cuestionada en el presente proceso de constitucionalidad. De este forma, la Circular N° 6, de 2 de junio de 2005, de la Superintendencia de Salud, que determina que el factor máximo de una determinada tabla no puede ser más de 9 veces el factor mínimo de la misma, en el caso

de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres, no hace sino repetir lo dispuesto en el artículo 2º transitorio de la Ley N° 20.015, que, como se ha dicho, no está impugnado en estos autos.

En este sentido, ha de tenerse presente, una vez más, la naturaleza excepcional de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, que importa su expulsión del ordenamiento jurídico. Tal naturaleza impide extender tal declaración a normas que no han sido impugnadas en el respectivo proceso abierto de oficio o en ejercicio de la acción pública respectiva, sobre todo atendida la estrecha relación que, entre nosotros, existe entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la ley. Como ya se expresó, el tenor imperativo del artículo 93, inciso primero, N° 7º, de la Constitución Política exige pronunciarse sólo sobre aquellas normas respecto de las cuales ha existido una declaración previa de inaplicabilidad y en ninguno de los cuatro procesos que han servido de fundamento a la presente declaración de inconstitucionalidad se ha incluido al artículo 2º transitorio de la Ley N° 20.015;

37º.- Que, conforme a lo razonado, esta juez disidente estima que no concurre, en la especie, la exigencia de que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 –hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005- sea inconstitucional en abstracto, más allá de las situaciones concretas que han motivado previamente su declaración de inaplicabilidad;

38º.- Que, al mismo tiempo, es posible sostener, a nuestro juicio, que tampoco concurre, en la especie, el requisito de que no exista ningún punto de vista bajo el cual el precepto legal reprochado pueda conformarse con la Constitución.

Basta observar la propia tabla de factores reproducida en este voto para reafirmar la idea de que ella no resulta inconstitucional en algunos de sus tramos. Desde luego, respecto de las cargas entre los 2 y los 19 años de edad (mantienen un factor de 0,5); de los afiliados entre 10 y 19 años de edad (mantienen un factor de 0,7 sin distinguir entre hombres y mujeres) y de aquellos afiliados o cargas de sexo femenino sobre los 75 años de edad (se les aplica un factor de 3,9, mientras que a los hombres de la misma edad, un factor de 4,5).

A su vez, es posible corroborar que la norma contenida en el inciso final del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resulta plenamente constitucional al analizar la tabla de factores que se viene comentando, pues el factor que corresponda a un beneficiario, en razón de su edad, puede aumentar, pero también reducirse, como ocurre con las afiliadas de sexo femenino, en el tramo que va desde los 35 a 39 años de edad -al cual se aplica un factor de 3,3- y los tramos que van desde los 40 a 44 años y de los 45 a 49 años de edad, donde el factor baja a un 2,4.

Como se ha sostenido, en base a la doctrina y jurisprudencia comparadas, el carácter excepcional de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal y su consiguiente impacto en el sistema de fuentes del derecho, impide expulsar tal precepto del ordenamiento jurídico, si el intérprete encuentra al menos una forma de conciliarlo con la Carta Fundamental, tal y como procedió este Tribunal en los roles N°s. 558 y 590 acumulados.

IV. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres.

39º.- Que, por último, esta disidencia se hará cargo de la tercera exigencia necesaria para proceder a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal con efectos *erga omnes*, y que se refiere a que los efectos derivados de la referida declaración no sean más inconstitucionales que los que se trata de prever;

40°.- Que, en dicho sentido, debe partirse señalando que, en Chile, la población afiliada a Isapres se acerca a los 2.8 millones de personas, esto es, a poco más del 16% de la población total del país. El resto de la población se encuentra adscrita al sistema público de salud representado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA), que otorga cobertura al 72.7%, esto es, a 12.248.257 personas, según estadísticas oficiales de FONASA. Entretanto, una cifra cercana al 13% de la población está adscrita al sistema de salud de las Fuerzas Armadas y Carabineros (Alejandro Ferreiro. Informe “Efectos para los afiliados de la aplicación de una tarifa plana en caso que se declare inconstitucional la norma legal que regula la tabla de factores relativos a sexo y edad”. Diciembre de 2009, pp. 3 y 5);

41°.- Que las diferencias entre el sistema público de salud, representado por FONASA, y el sistema privado, representado por las Isapres han sido explicadas, en estos autos, en diversos informes presentados tanto por S.E. el Presidente de la República como por la Asociación de Instituciones de Salud Previsional de Chile AG.

De la lectura detallada de esos informes, y en lo que interesa al asunto que debe resolverse, importa rescatar, particularmente, lo referido al financiamiento de las prestaciones de salud en uno y otro sistema.

Así, puede observarse que, en el caso de las personas afiliadas a FONASA, su acceso a las prestaciones de salud respectivas se realiza sobre la base de la cotización legal del 7% de la renta imponible (hasta 60 UF), la que no varía en el tiempo y es independiente del sexo o edad del afiliado y de sus cargas, así como del tamaño del grupo familiar. Alejandro Ferreiro sostiene que se trata de *“una prima colectiva calculada en proporción a la capacidad de pago, aunque sólo financia una fracción de los costos en que incurren los afiliados. En el caso de FONASA, la cotización de prima no guarda relación con el riesgo del cotizante y sus beneficiarios”* (Informe citado, p. 8). Como las cotizaciones de muchas personas afiliadas a FONASA no alcanzan a cubrir las prestaciones de salud que requieren, el sistema se complementa con aportes estatales que, considerando la Ley de Presupuestos del año 2009, alcanzaron al 49,3% del total del presupuesto de FONASA. (Presentación de la Asociación de Isapres AG, de 20 de mayo de 2010, nota 5, p. 3).

En el sistema privado representado por las Isapres, el afiliado contrata un plan de salud con beneficios que varían según su monto cotizado, pudiendo incluso cotizar más del 7% a que lo obliga la ley, o, bien, guardar parte de la cotización obligatoria como excedentes, los que se utilizan, entre otras cosas, para pagar prestaciones de salud. (Informe de Clarke y Asociados, mayo de 2010, p. 4). El Estado no aporta actualmente al financiamiento de las prestaciones de salud a través del sistema de las Isapres, sino que *“la redistribución de recursos producto de no cobrar el costo esperado de salud a cada uno –especialmente los más riesgosos- proviene de las cotizaciones de otros individuos (subsídios cruzados)”*. Se ha indicado, por lo mismo, que *“la última reforma de la Ley de Isapre (sic), generó un sistema de adecuación de planes que solidarizó los costos entre cotizantes de un mismo plan y entre todos los planes de la Isapre, y además creó una banda de contención de las alzas de precios. El resultado final fue encarecer todos los planes de salud, para solventar colectivamente a los cotizantes de mayores costos (...).”*(Informe de Altura Management, “Viabilidad del Sistema Isapre sin tabla de factores”, pp. 3-4);

42°.- Que, en consecuencia, y en lo que a este proceso constitucional se refiere, resulta necesario dimensionar el impacto de una declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, que, correspondiendo hoy al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005,

importaría dejar sin efecto la estructura de la tabla de factores, en cuanto a la diferencia de tramos que ella contiene en la actualidad;

43°.- Que, para precisar este punto, debe tenerse presente, en primer término, que la declaración de inconstitucionalidad con la que se disiente no importa la eliminación de la tabla de factores. En efecto, se mantienen vigentes los incisos primero y segundo del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, que prescriben:

*“Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, **de acuerdo a la respectiva tabla de factores.***

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar. (Las negritas son nuestras).

Debe recordarse que la definición de lo que es una tabla de factores se contiene en el artículo 170, letra n), del mismo cuerpo normativo, que tampoco ha sido declarado inconstitucional por la sentencia;

44°.- Que al declararse inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, objeto de este proceso, y por efecto de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución, tales numerales quedarán derogados desde la fecha en que se publique esta sentencia en el Diario Oficial. Concretamente, lo que quedará derogado, a partir de ese momento, serán las reglas a las cuales debía sujetarse, hasta hoy, la Superintendencia de Salud para fijar los rangos de edad que componen las tablas de factores sobre la base de tramos que consideran: a) desde el nacimiento hasta los dos años de edad; b) desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta, con un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; c) la determinación de tramos desde los ochenta años de edad; y d) la fijación, cada diez años, de la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.

Al no declararse inconstitucional el numeral 5 del inciso tercero del artículo 38 ter que se analiza, subsiste el imperativo de que, en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no pueda ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo;

45°.- Que si lo único que se declara inconstitucional y, por ende, quedará derogado a partir de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial, es la estructura de la tabla de factores en base a los tramos que se consideraban, hasta hoy, en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, cabe preguntarse cómo se determinará, de ahora en adelante, la mencionada estructura de la tabla de factores, la que sigue considerando los diversos tipos de beneficiarios en base a los criterios de sexo, edad y condición de cotizante o carga, como se desprende del inciso segundo del artículo 38 ter, que permanece vigente. Cabe recordar aquí lo afirmado en el Informe Técnico de la firma Clarke y Asociados en el sentido que *“la existencia de tablas de factores, es simplemente el reflejo en precios de los costos asociados a la atención en salud, de acuerdo a la edad y sexo, y que las propias personas deben financiar”*. (p. 10);

46°.- Que, al respecto, considera esta juez disidente que, ante la interrogante planteada, cobra plena fuerza lo dispuesto en los restantes incisos del artículo 38 ter que tampoco han sido afectados por la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por este Tribunal.

En otras palabras, habrá que tener en cuenta que *“las Instituciones de Salud Previsional **serán libres** para determinar los factores de cada tabla que empleen”* (inciso

cuarto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933) (las negritas son nuestras). Esta facultad de las Isapres aparecerá limitada por lo siguiente:

- La tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia, disminución que se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla (inciso cuarto del artículo 38 ter).
- Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores y las Isapres no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización (inciso quinto del artículo 38 ter).
- Las Isapres podrán establecer nuevas tablas de factores cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado (inciso sexto del artículo 38 ter).
- Las Isapres estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada (inciso final del artículo 38 ter);

47°.- Que, atendido lo recién expresado, puede apreciarse que el principal efecto de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia la presente sentencia consiste en potenciar la **libertad** de que gozan las Instituciones de Salud Previsional para determinar los factores de cada tabla que empleen sobre la base de la estructura, por tramos de edad, sexo y condición de cotizante y carga, que, también, determine **libremente** la Superintendencia de Salud al no existir reglas objetivas, fijadas por la ley, que establezcan la mínima certeza en los tramos de edad.

En este punto hay que atender a lo señalado en el considerando 57° de la sentencia, cuando sostiene que *“la observancia de estas reglas (las que se contienen en el inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933) es una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto.”;*

48°.- Que esa mayor libertad de que gozarán las Isapres para determinar los factores de cada tabla sin consideración a las reglas hoy existentes producirá, desde luego, que la relación entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo -diferencia que sigue existiendo al no haberse derogado el inciso segundo del artículo 38 ter- quede entregada al arbitrio de dichas instituciones, toda vez que la Superintendencia habría perdido la facultad de fijar esa relación cada diez años. Esta situación adquiere connotaciones de gravedad si se atiende a que el abogado que representó a S.E. el Presidente de la República, en la vista de la causa en este proceso de inconstitucionalidad, afirmó, en estrados, que no existía ningún proyecto de ley presentado al Congreso Nacional que pudiera suplir un eventual vacío en esta materia.

Adquiere, aquí, plena relevancia la carencia de alguna regla constitucional o legal que permita a esta Magistratura diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad hasta que los órganos colegisladores hayan podido llenar el vacío producido por la declaración de inconstitucionalidad;

49°.- Que, de esta forma, si la aplicación de la tabla de factores, a que alude el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, ha resultado inconstitucional en determinadas

situaciones como las que fueron objeto de las sentencias de inaplicabilidad que este Tribunal tuvo en vista al instruir este proceso de oficio, la derogación de los numerales 1 a 4 del inciso tercero de ese precepto legal, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, sitúa al 16% de la población de nuestro país, afiliada al sistema privado de salud, en una situación de incerteza que esta juez disidente no puede avalar.

En efecto, al quedar exentas la Superintendencia de Salud y las Isapres del respeto a ciertas reglas objetivas, como las que se contenían en los numerales ya mencionados del artículo 38 ter, en cuanto a la determinación de los tramos de edad sobre los que podían aplicarse los factores de la tabla, se genera un escenario de gran incertidumbre para los afiliados que suscriban sus contratos de salud previsual con posterioridad a la publicación de esta sentencia en el Diario Oficial. Dicha incertidumbre no se compadece con el deber que se asigna al Estado de proteger el “*libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo*”, garantizado por el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política. La libertad e igualdad a que esa norma fundamental se refiere supone, precisamente, que las diferencias en el acceso a las prestaciones de salud no sean exorbitantes, generando que algunas personas queden privadas de ellas por no poder financiarlas, atendido el alza de los precios de sus planes de salud como consecuencia de la aplicación de factores que no obedezcan a ninguna regla objetiva y racional;

50°.- Que, finalmente, quien suscribe este voto debe recordar que, conforme se ha expresado, concurrió a las declaraciones previas de inaplicabilidad que motivaron la apertura del presente proceso de oficio, por estimar que tales declaraciones favorecieron el pleno amparo de derechos sociales fundamentales como el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social respecto de personas que estaban afectadas por condiciones objetivas de vulnerabilidad. Difícilmente podría, entonces, concurrir a una decisión que, al tenor del análisis detallado del contenido del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, podría llegar a afectar, por la falta de regulación normativa que produce, los derechos sociales fundamentales de un universo mucho más amplio de personas de aquellas que fueron beneficiadas por las declaraciones de inaplicabilidad contenidas en los roles N°s. 976, 1218, 1287 y 1273;

51°.- Que, en consecuencia, considerando que la declaración que el Tribunal pronuncia en esta oportunidad genera un vacío que el legislador no podría llenar inmediatamente, favoreciendo una inconstitucionalidad mayor que la infracción a la supremacía constitucional que se trata de remediar, es que esta disidente se inclina por descartar la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, quien estuvo por desechar la acción de inconstitucionalidad, teniendo presente las siguientes consideraciones:

I. PRECEPTO LEGAL QUE PODRÍA ESTIMARSE CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

PRIMERO: Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, señala, en su inciso tercero, que cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas: “1.- *El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad; 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el*

o los tramos que correspondan; 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo”;

SEGUNDO: Que, como se indica en diversas consideraciones de la presente sentencia, dicha normativa podría estimarse que contraviene disposiciones constitucionales, en particular el artículo 19, N°s 2, 9 y 26, en cuanto se incumpliría el mandato de la **reserva legal en materia de derechos fundamentales**;

TERCERO: Que las aludidas preceptivas constitucionales exigen de manera imperativa que en materia de derechos y garantías fundamentales sea la ley la que determine el contenido esencial de los mismos, estando vedado el reenvío en términos genéricos y no precisos a la potestad reglamentaria de ejecución, en este caso a la potestad normativa de la Superintendencia de Salud;

CUARTO: Que, en efecto, como lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal, las disposiciones legales que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales deben reunir los requisitos de “determinación” y “especificidad”. El primero “*exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal*”. El segundo requiere que la ley “*indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad*” (Rol N° 325, consid. 40°);

QUINTO: Que, a su turno, si bien la potestad reglamentaria de ejecución de ley puede resultar procedente, como lo ha señalado esta Magistratura, “*ella puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercana a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica*” (Rol N° 370, consid. 23°);

SEXTO: Que, en consecuencia con lo anterior, no cabe la remisión normativa genérica y sin delimitación alguna a la potestad reglamentaria. Por lo mismo, como lo ha precisado este Tribunal, “*abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido*”. No puede la ley, por ende, “*reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica*” (Rol N° 370, consid. 19°). Por lo mismo se estimó contrario a la Carta Fundamental la circunstancia de que el legislador no haya “**establecido parámetros objetivos y precisos a los que deba sujetarse la autoridad administrativa para la concurrencia de la situación de exención del impuesto**” (Rol 718, consid. 85);

SÉPTIMO: Que, de esta forma, el mandato que establecen los números uno a cuatro del actual inciso tercero del artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, podría estimarse que resulta contrario a la Carta Fundamental, particularmente el número cuatro, desde que no ha establecido ni fijado parámetros razonables y prudenciales para la

actuación del ente fiscalizador. En tal sentido, cabe tener presente, por su parte, que el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, que determina los múltiplos máximos durante los primeros diez años no ha sido previamente declarado inaplicable por esta Magistratura, por lo que no cabe pronunciarse sobre el mismo;

**II. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.
LA INAPLICABILIDAD PREVIA COMO REQUISITO ESENCIAL.**

OCTAVO: Que el artículo 93, inciso primero, numeral 7º, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: *“Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.”*. El inciso duodécimo del mismo artículo agrega: *“Una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6º de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”*;

NOVENO: Que, por su parte, el artículo 47 Ñ de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, modificada por la Ley N° 20.381, de 2009, indica que *“en el caso del número 7º del artículo 93 de la Constitución Política de la República, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser promovida por el Tribunal Constitucional actuando de oficio y por las personas legitimadas a que se refiere el inciso duodécimo del mismo artículo”*. A su turno, el artículo 47 O de la misma ley indica que *“en los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas”*;

DÉCIMO: Que de diversas disposiciones también se desprende que resultan fundamentales para la declaración de inconstitucionalidad los argumentos sustentados por esta Magistratura en las acciones previas de inaplicabilidad. En tal sentido, el artículo 47 P indica que si la cuestión de inconstitucionalidad es promovida por acción pública, quienes la ejerzan *“deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo”*. A su vez, el artículo 47 R establece como causal de inadmisibilidad de la acción de inconstitucionalidad *“cuando la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado”*;

DECIMOPRIMERO: Que, finalmente, el artículo 47 V concluye que *“la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*. En cuanto al alcance de esta disposición, el Mensaje Presidencial hizo presente que *“el Tribunal puede fundar la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas, únicamente en la infracción de los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos en la sentencia previa que le sirve de sustento. Con ello no se hace más que establecer claramente la vinculación entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad”*. Por lo mismo, como se dejó constancia en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se *“limita las facultades del Tribunal Constitucional, en cuanto sólo podrá fundar la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto legal, en la infracción de las normas constitucionales que la sentencia de inaplicabilidad consideró transgredidas”*. De este modo, el conflicto de constitucionalidad es la consecuencia de uno o más procesos previos de inaplicabilidad en los que el Tribunal ha declarado su no sujeción a la Carta Fundamental;

DECIMOSEGUNDO: Que no debe olvidarse que, tratándose de la acción de inaplicabilidad, procederá declarar su inadmisibilidad cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, *“y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva”* (artículo 47 F, número 2º, de la Ley Nº 17.997). Por lo mismo, el artículo 47 L de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que *“resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido”*. Del mismo modo, cabe tener presente que el artículo 47 J indica que *“excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas basado únicamente en fundamentos constitucionales distintos a aquellos que han sido invocados por las partes en la litis. En este caso, deberá advertirles acerca del uso de ese posible precepto constitucional no invocado y permitirles así referirse a ello. Dicha advertencia podrá efectuarse en cualquier etapa del juicio, incluyendo la audiencia de la vista de la causa, cuando proceda, y también como medida para mejor resolver”*. Esta última disposición ratifica lo señalado, desde que sólo se contempla en el caso de la acción de inaplicabilidad, no así en la de inconstitucionalidad, dado que ésta es consecuencia indisoluble de la primera;

DECIMOTERCERO: Que, como se ha señalado, resultan, por lo tanto, fundamentales los razonamientos y fundamentos de la decisión de inaplicabilidad, pues ellos son los que servirán de base a una eventual decisión de inconstitucionalidad, con efectos generales y derogatorios del precepto legal. La doctrina especializada denomina ‘ratio decidendi’ a *“las razones básicas y necesarias que fundamentan la parte dispositiva o resolutive de la sentencia”* (Jesús María Casal, Constitución y Justicia Constitucional, 2006, p. 274). En palabras de Rupp, son *“aquellas razones o motivos sin las que el fallo no podría existir”*. El Tribunal Constitucional español ha señalado por lo mismo que se trata de las *“razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión”* (STC 14/1991). En tal sentido, no debe tampoco olvidarse que esta misma Magistratura ha sentenciado que *“la motivación de la sentencia es connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable para su ejercicio. Constituye, a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado”* (Rol Nº 1373-2009, consid. 15º);

DECIMOCUARTO: Que de los preceptos constitucionales transcritos se desprende que los presupuestos necesarios para que esta Magistratura pueda declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal, con los efectos previstos en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Carta Fundamental, son los siguientes: a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal, pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, numeral 6º, e inciso undécimo, de la Constitución; c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo, actuando de oficio; d) Debe tratarse de los mismos vicios o infracciones que motivaron las inaplicabilidades previas; y e) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución

Política de la República. Por último, no debe olvidarse que, según lo ha señalado esta Magistratura, *“la declaración de inconstitucionalidad constituye el último recurso –la “última ratio”- para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica el dejar sin efecto, con carácter derogatorio, un acto emanado del órgano legislativo –expresión de la soberanía popular-, lo que puede eventualmente conllevar un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de un determinado precepto legal que se expulsa del ordenamiento jurídico por ser manifiestamente contrario a la Carta Fundamental”* (Rol 1254);

III. EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LOS PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DE INAPLICABILIDAD.

DECIMOQUINTO: Que, en el caso de autos, por resolución de 27 de abril de 2010, este Tribunal de oficio inició el presente proceso, dando cuenta *“que el artículo 38 ter transcrito precedentemente ha sido declarado inaplicable por este Tribunal Constitucional en cuatro sentencias, recaídas en las causas roles N°s 976, 1218, 1273 y 1287. En ellas, esta Magistratura ha declarado que la aplicación del citado precepto, en las respectivas gestiones precedentes, resulta contraria a la Constitución al vulnerarse los derechos asegurados en los números 2º, 9º y 18º de su artículo 19”*;

DECIMOSEXTO: Que corresponde analizar si en la especie se dan los presupuestos para que se declare la inconstitucionalidad. En primer lugar, se trata de un precepto legal determinado, como es el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud. En segundo lugar, el aludido precepto ha sido declarado previamente inaplicable en cuatro oportunidades. El proceso se inició de oficio, según consta en resolución individualizada en el considerando decimosegundo. Como se ha indicado en el capítulo primero, podría considerarse que existe contradicción entre la normativa constitucional y legal cuestionada, pero lo que corresponde analizar son los vicios, razones constitucionales y fundamentos en virtud de los cuales se declaró previamente la inaplicabilidad por esta Magistratura;

DECIMOSÉPTIMO: Que en la primera causa de inaplicabilidad, autos Rol N° 976, se indicó por de pronto que *“estando basada la estructura de la tabla de factores en criterios objetivos y de común o general vigencia, la diferencia que ella importa en sí, por los rangos de edad que establece, no puede ser calificada por esta Magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria”* (consid. 52). Sin embargo, en el caso concreto y singular sub lite, *“al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las instituciones de salud previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria”*. De esta forma, *“aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta litis precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, N° 2, de la Constitución”* (consid. 62). A su vez, en relación a la libertad para elegir el sistema de salud, consagrada en el artículo 19, N° 9, se indica que en el caso concreto queda restringida o impedida si *“se está frente a una cotizante cuya situación previsional es desmedrada, producto de las inestabilidades que experimentó durante su vida laboral activa, tal como ella lo argumentó en estrados. Así, la aplicación del factor específico objetado en este caso a otro caso diferente, desde el punto de vista previsional, puede no provocar la lesión al derecho fundamental en la protección de la salud que ha sido constatada en estos autos”* (consid. 65). Por lo mismo, se concluye que se acoge el requerimiento *“sólo en cuanto la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, incorporada al contrato de salud de*

la requirente (...) para determinar el costo de su plan de salud, es inaplicable en la causa (...) por ser contraria a cuanto le asegura el artículo 19, N° 9, de la Constitución”;

DECIMOCTAVO: Que, a su turno, en los autos Rol N° 1218, junto con considerarse también vulnerado el artículo 19 N° 9°, en términos similares al anterior, se estima también infringido el artículo 19, N° 18°, relativo a la seguridad social. Así, luego de señalarse que el contrato de salud provisional no tiene el carácter de un seguro privado, se afirma que *“se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del beneficiario, toda vez que, como se dijo, forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia (como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural). Ello hace que la existencia misma de los reajustes periódicos del precio del plan de salud provisional sólo por el aumento de edad, que consagra el precepto legal impugnado en autos – independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base-, resulte inconciliable con el derecho a la seguridad social, constitucionalmente asegurado en el número 18° del artículo 19 de nuestra Ley Fundamental, precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho”* (consid. 62). En atención a lo anterior se acoge el requerimiento en el que se solicitaba la declaración de inaplicabilidad de *“la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.993”*. Cabe señalar que la tercera sentencia de inaplicabilidad, Rol N° 1.287, tiene un idéntico razonamiento jurídico al anterior, acogiéndose también la acción en la que se solicitaba la inaplicabilidad *“del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005”;*

DECIMONOVENO: Que, finalmente, la última causa que sirve de base a la presenta acción, autos Rol N° 1273, se centra en la contravención a los artículos 19, N°s 2 y 9, de la Constitución Política. Así, se sostiene que *“la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, impugnado en estos autos, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Ley Fundamental, ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación de la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución)”* (consid. 72). Del mismo modo, se afirma que la *“diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 es arbitraria”*, dado que no resulta conciliable *“el aumento de precio en la medida en que aumenta la vulnerabilidad de las personas por el paso del tiempo y la condición orgánica de mujer, como en el caso de autos”* (consid. 73). También se indica, en relación al derecho a la seguridad social, que *“se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante y/o de los beneficiarios del respectivo plan, toda vez que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia, como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural”,* de modo que *“la circunstancia expuesta hace que la existencia misma de los reajustes del precio del plan de salud provisional sólo por el aumento de edad, que consagra el precepto legal impugnado en autos, independiente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulte inconciliable con el derecho a la seguridad social”* (consid. 78). De esta forma, se acoge el

requerimiento *“en tanto la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en la causa (...) resulta contraria a los derechos asegurados a la actora en los numerales 2° y 9° del artículo 19 de la Constitución Política, en relación con lo dispuesto en los demás preceptos constitucionales citados en este fallo”*;

VIGÉSIMO: Que de lo dicho se desprende que en los cuatro fallos previos que sirven de fundamento para incoar esta acción de inconstitucionalidad, este Tribunal fundó sus decisiones de inaplicabilidad en la infracción constitucional del precepto legal en cuestión al artículo 19, N°s 2, 9 y 18, de la Carta Fundamental. Esto es, se concluyó que la tabla de factores de riesgo, contemplada en el artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, al diferenciar por razones de edad y sexo, importó en el hecho una vulneración a la igualdad ante la ley, desde que se discriminó sin fundamento, provocando un trato desigual por el solo aumento de edad o por la circunstancia de ser mujer. A lo que debe agregarse la contravención de la libre elección del sistema de salud y al derecho a la seguridad social, al incrementar las cotizaciones –en múltiplos del precio base- por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante;

VIGESIMOPRIMERO: Que, en consecuencia, como se ha explicado en el capítulo segundo, la única decisión a que está habilitada esta Magistratura de acuerdo a la normativa constitucional y legal vigente, es a declarar la contravención completa y absoluta entre el precepto legal ya declarado previamente inaplicable y la normativa constitucional aludida. No resulta factible, en cambio, declarar la inconstitucionalidad fundado en otros vicios o razonamientos, por justificados que éstos sean, los que incluso podría compartir de algún modo este disidente según se ha señalado en el capítulo primero de este voto. Y es que, como se ha sentenciado, *“este Tribunal sólo puede declarar inconstitucional un precepto ya declarado inaplicable y, por lo tanto, no puede extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad”* (Rol 1254);

IV. EN DECISIONES PREVIAS DE INAPLICABILIDAD ESTE DISIDENTE ESTIMÓ QUE EL PRECEPTO LEGAL EN CUESTIÓN NO RESULTABA DECISIVO.

VIGESIMOSEGUNDO: Que también resultan fundamentales para pronunciar el presente voto, los razonamientos sostenidos por este disidente en las acciones de inaplicabilidad que sirven de base a la presente acción de inconstitucionalidad, desde que, como se ha señalado reiteradamente, este proceso tiene precisamente su fundamento único y exclusivo en las decisiones previas en sede de inaplicabilidad;

VIGESIMOTERCERO: Que para estimar que no se trataba de preceptos decisivos, se tuvo presente que el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*. A su turno, la misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimeros que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que *“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”*;

VIGESIMOCUARTO: Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad resultaba necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se

acreditara la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud fuera formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pudiera resultar decisiva en la resolución de alguno de los asuntos y fuera contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación estuviera fundada razonablemente; y e) que se cumplieran los demás requisitos legales. En ninguno de los casos previos que motivaron las respectivas decisiones de inaplicabilidad, en opinión de este disidente, el precepto resultaba decisivo para la resolución de los respectivos asuntos;

VIGESIMOQUINTO: Que, en efecto, como se ha expresado, uno de los supuestos fundamentales para la procedencia de la acción de inaplicabilidad es la circunstancia de que la aplicación del precepto legal -tanto de carácter sustantivo como adjetivo, en su caso, dado que la norma no distingue al efecto- sea decisiva para la resolución de la gestión pendiente o de un asunto, en los términos que establece el artículo 93, N° 6°, de la Constitución Política de la República. En otras palabras, el precepto legal que se impugna por la requirente de inaplicabilidad debe ser considerado en el razonamiento que pronuncie el sentenciador o servirle de fundamento, situación que no se produce en la especie;

VIGESIMOSEXTO: Que, como ha señalado este mismo Tribunal, independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, el artículo 93, N° 6°, de la Constitución Política exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente, *“lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución”*. (Rol N° 472/2006. En el mismo sentido roles N° 809 y 831, ambos de 2007). De lo que se trata en definitiva es de efectuar *“un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal que se impugna, para decidir la gestión”* (roles N° 688/2006 y 809/2007). Así, la exigencia contenida en el artículo 93, inciso undécimo, en orden a que *“la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”*, no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. En otras palabras, *“en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución”* (sentencia de 27 de julio de 2006, Rol 480, considerando 27°). Como se ha indicado por la doctrina autorizada, *“por intermedio de la acción de inaplicabilidad, la parte cuestiona la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales decisivos para la resolución del asunto y la sentencia de inaplicación libera al juez del sometimiento al imperio de la ley”* (Gómez B., Gastón, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, p. 669). El requisito constitucional en cuanto a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, *“supone un análisis muy exhaustivo por parte del Tribunal para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez habrá necesariamente de acudir a la aplicación de la norma legal para decidir la gestión”* (Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, ponencia a XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2006, p. 22). En suma, el precepto legal debe ser considerado por el juez al momento de resolver el asunto, ya sea que diga relación con

aspectos de carácter procedimental o de fondo, esto es, sean normas ordenatorio o decisorio litis;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que el precepto legal que se solicitó inaplicar fue el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, modificado por el artículo 1° N° 15 de la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2005, y que dice relación con las tablas de factores que deben tomarse en consideración para la modificación de los planes, particularmente vinculados al sexo y edad de los beneficiarios. Sin embargo, el inciso final del artículo 2° de la aludida Ley N° 20.015 expresa –en su primera parte- que *“tratándose de contratos en curso a la fecha de entrada en vigencia de la ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto”*;

VIGESIMOCTAVO: Que consta de los antecedentes de autos que a lo menos tres de los contratos acompañados que motivaron las respectivas acciones de inaplicabilidad previas fueron suscritos antes de 2005 (correspondientes a los años 1997, 1999 y 2000), habiéndose así incorporado a ellos los derechos y deberes impuestos por el ordenamiento vigente, entre los cuales obviamente no se encontraba el artículo 38 ter de la Ley, en los términos actualmente vigentes, que, como se ha señalado, sólo fue incorporado el año 2005. Por lo mismo, por aplicación del artículo 2° de la Ley N° 20.015, el artículo 38 ter en cuestión no resultaba aplicable a los contratos de salud suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia, a menos que el cotizante afiliado optara expresamente por su aplicación, lo que no habría acaecido. Tampoco pudo estimarse que la proposición de aumento de los costos del plan -y que habría motivado las gestiones pendientes de protección- importara aceptar un plan alternativo ni menos un plan de salud distinto, en los términos que señala el aludido artículo 2° de la Ley N° 20.015;

VIGESIMONOVENO: Que así, por lo demás, lo ha razonado la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol 7779-2008), al hacer presente que *“el legislador expresamente exceptuó de la regulación contenida en el artículo 199 a aquellos contratos anteriores que habían incorporado las aludidas tablas de factores de sexo y edad, prescribiendo –como ya se consignó- que tratándose de dichos contratos operará lo acordado al momento de su celebración”*. En consecuencia, concluye la Corte Suprema, *“el precepto en cuestión no resulta aplicable para la resolución del asunto sometido al conocimiento de esta Corte, pues no forma parte del estatuto jurídico que rige la relación contractual existente entre el reclamante y la Isapre mencionada;*

TRIGÉSIMO: Que, invocando similares argumentos, esta Magistratura declaró inadmisibles presentaciones de inaplicabilidad. Así, en los autos Rol N° 1544, enfatiza que *“resulta evidente que el precepto legal impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto sub lite pendiente (...) ya que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente a la actora y a la Isapre (...), el cual, como ya se indicó, data del mes de octubre del año 2002. A mayor abundamiento, el inciso final del mismo artículo de la Ley N° 20.015, anteriormente citado, permite deducir que la tabla de factores incorporada a tal convención continúa en vigor a la fecha del requerimiento deducido en estos autos. En efecto, de los antecedentes tenidos a la vista se colige que la (...) afiliada no ha aceptado un plan alternativo ofrecido previamente por la correspondiente Isapre, como tampoco ha contratado un nuevo plan de salud, distinto del que la ligaba con aquélla a la fecha de entrar a regir el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, por lo que sólo cabe concluir que éste es un precepto que no podrá aplicarse en la decisión que habrá de adoptar la Corte de Apelaciones de Santiago”*. Del mismo modo lo ha sostenido en los autos roles N°s 1644 y 1646, al afirmar que *“resulta evidente que el precepto legal*

impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto sub lite pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ya que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente a la actora y a la Isapre (...), el cual, como ya se indicó, data del mes de abril del año 2003". A mayor abundamiento, y en relación con lo dispuesto en el inciso final del mismo artículo 2° de la Ley N° 20.015, de los antecedentes que obran en autos se concluye que la afiliada "no ha aceptado un plan alternativo ofrecido previamente por la Isapre ni ha contratado un nuevo plan de salud, distinto del que la ligaba con aquélla a la fecha de entrada en vigor del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, por lo que sólo cabe concluir que éste es un precepto que no podrá aplicarse en la decisión que habrá de adoptar la Corte de Apelaciones de Santiago al resolver el recurso de protección Rol N° 454-2010";

TRIGESIMOPRIMERO: Que, en razón de lo anterior, desde el punto de vista del proceso jurisdiccional de inconstitucionalidad, este disidente estima que no se ha dado uno de los supuestos de procedencia del mismo, al no haber existido propiamente un precepto legal decisivo en las gestiones previas de inaplicabilidad;

V. SE PRETENDIÓ -EN EL HECHO- EN LOS PROCESOS PREVIOS DE INAPLICABILIDAD UNA ACCIÓN DE AMPARO DE DERECHOS FUNDAMENTALES, LO QUE ES DE COMPETENCIA, EN DEFINITIVA, DE LA CORTE SUPREMA.

TRIGESIMOSEGUNDO: Que la acción de inaplicabilidad previa supone esencialmente un control preciso de contradicción entre dos normas, debiendo primar la Ley Fundamental. En otras palabras, el conflicto sometido a decisión siempre debe centrarse en la contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución;

TRIGESIMOTERCERO: Que en efecto, como ha señalado esta misma Magistratura, *"debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a una contradicción directa, clara y precisa, entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad"*. Lo anterior en atención a que *"la tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema"* (Rol N° 810/2008, consid. 9°);

TRIGESIMOCUARTO: Que, de esta forma, este Tribunal no está autorizado para emitir un pronunciamiento valorativo sobre hechos litigiosos de las gestiones respectivas que motivaron las acciones de inaplicabilidad, en atención a que la ponderación de los mismos corresponde a los jueces del fondo, por ser también un tema de legalidad ordinario y estar dentro de su competencia relativa a la gestión, no correspondiendo que esta Magistratura los pondere. (roles N°s 1130/2008, 1210/2008, 1266/2008 y 1324/2009);

TRIGESIMOQUINTO: Que, como ha señalado esta Magistratura, el sistema chileno de control de constitucionalidad de las normas es de carácter concentrado y compartido. Así, la protección de las garantías constitucionales respecto de actos u omisiones ilegales o abusivas corresponde a la Corte de Apelaciones respectiva y a la Corte Suprema, en tanto el control de constitucionalidad de la ley, al Tribunal Constitucional. En efecto, la Constitución Política, en su artículo 20, establece el proceso

de protección, cuyo tribunal competente es, según lo dispone la misma norma, la Corte de Apelaciones respectiva, en primera instancia, y la Corte Suprema, en segunda instancia. Por su parte, el artículo 93 constitucional, en su numeral 6º, otorga competencia privativa a este Tribunal Constitucional para resolver acerca de la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, *“la acción cautelar de derechos fundamentales que contempla el artículo 20 y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 93, inciso primero, Nº 6, e inciso undécimo, de la Ley Fundamental, constituyen y dan origen a dos procesos completamente autónomos que deben iniciarse, sustanciarse y resolverse en la forma que indican la Constitución y sus leyes complementarias, destacándose, entre estas últimas, la Ley Nº 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura”* (Rol Nº 1324-2009);

TRIGESIMOSEXTO: Que este disidente estimó, adicionalmente, que de la lectura de los respectivos requerimientos de inaplicabilidad que motivaron la presente acción se estaba en el hecho frente acciones de amparo de derechos fundamentales, dado que lo que realmente se impugnaba era el aumento de los respectivos planes de salud, el que se estimaba abusivo, materias todas que corresponde sean resueltas precisamente en sede de protección;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, por otra parte, los cuestionamientos se encontraban también dirigidos a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Salud, en las que se fija la estructura de la tabla de factores, lo que este disidente estimó que debía ser impugnado a través de otras vías judiciales, como es el caso de los contencioso administrativos. En efecto, como lo ha señalado este Tribunal, *“el conflicto de que conoce esta Magistratura debe producirse entre la Constitución y un precepto de rango o fuerza de ley; pero no entre una decisión de una autoridad y la ley. De este último conflicto conocen otras instancias jurisdiccionales”* (Rol Nº 1385/2009);

VI. LAS TABLAS DE FACTORES SE INCORPORARON A LOS CONTRATOS EN TÉRMINOS TALES QUE LO QUE SE PRETENDIÓ FUE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACUERDOS.

TRIGESIMOCTAVO: Que, adicionalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no han podido resultar idóneas para declarar la inconstitucionalidad de contratos suscritos, lo que debe impugnarse a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico;

TRIGESIMONOVENO: Que, de esta forma, de la lectura de los escritos de inaplicabilidad y de las consideraciones efectuadas en las sentencias, lo que se pretendió más bien fue dejar sin efecto los aumentos de precio del costo del plan, experimentados por la requirente, todo lo cual emana de una tabla convenida contractualmente y no de un determinado precepto legal, razón por la cual este disidente estimó que las respectivas acciones de inaplicabilidad no podían prosperar. Así las cosas, la discusión planteada más bien se relacionaba con un conflicto acerca de la aplicación adecuada o no de la ley del contrato, lo que no correspondía fuera dilucidado a través de una acción de inaplicabilidad sino que de una protección de derechos fundamentales;

CUADRAGÉSIMO: Que todo lo razonado no significa en modo alguno validar o legitimar el actuar de las entidades de salud previsional, lo que debe ser determinado – como se ha explicado- soberanamente por el tribunal que conoce de la acción de protección, teniendo presente este disidente la reiterada doctrina sostenida por la Corte Suprema en cuanto a que la facultad de revisar el monto de un plan *“debe entenderse condicionada a un cambio efectivo y variable del valor de las prestaciones médicas, en*

razón de una alteración sustancial de sus costos, para que se mantenga una verdadera equivalencia entre las obligaciones contractuales de ambas partes” (Rol N° 3902-2007). Se trata, en definitiva, que la facultad de las isapres para –en su caso- adecuar los planes de salud se ejerza de manera razonable y equitativa, preservando así el debido equilibrio en las contraprestaciones de los contratantes;

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que, por su parte, la misma Corte Suprema ha precisado que *“en la actualización del denominado Factor de Riesgo, que se vincula con la variación de las edades de los beneficiarios de un determinado plan de salud, motivo adicional invocado por la recurrida para justificar la alteración en el precio, no puede hablarse de adecuación del plan de salud del cotizante, sino de un ajuste que le afecta por aplicación del referido factor -operación que es genérica-, lo que significa que está contenida en los planes de salud de todas las Isapres, siendo conocida previamente por todos los afiliados al momento de contratar, y no depende de ninguna otra circunstancia que no sean el sexo y la edad del cotizante y beneficiario” (Rol 1499-2010). Obviamente nada impide cuestionar y revisar en dicha sede de protección la racionalidad y justicia de la referida tabla de factores, en un caso concreto, a la vez que determinar si al confeccionarse y aplicarse la misma se ha ejecutado una potestad administrativa de manera racional y si ha resultado o no una situación que importe en el hecho una discriminación arbitraria o manifiestamente abusiva o desproporcionada para la parte contratante, en atención a la naturaleza propia de contrato de adhesión que reviste el seguro de salud previsual;*

VII. REFLEXIONES FINALES. EXHORTACIÓN AL LEGISLADOR.

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que de todo lo señalado se desprende que si bien las facultades de la Superintendencia de Salud no tienen fijados parámetros razonables y acotados y, por tanto, pueden tornarse contrarias a la Constitución Política de la República, al no fijarle límites adecuados y precisos, dicho vicio no motivó esencialmente las anteriores declaraciones de inaplicabilidad, lo que impide a este disidente concurrir a la presente resolución de inconstitucionalidad;

CUADRAGESIMOSTERCERO: Que, en efecto, como se ha explicado en el capítulo tercero, las referidas decisiones de inaplicabilidad apuntaron más bien a declarar la contravención a la Carta Fundamental, en los casos concretos, de la tabla de factores, fundadas en la circunstancia de que los factores de edad y sexo en que se sustenta se estimaron arbitrarios y contrarios a la igualdad ante la ley –al discriminar sin fundamento, por el solo aumento de edad y la condición de mujer- y a los derechos a la protección de la salud y seguridad social –al incrementar las cotizaciones en múltiplos sobre el precio base por el sólo hecho del envejecimiento natural del cotizante-. Sin embargo, en todos los aludidos casos, este disidente estimó que no se trataba de preceptos legales decisivos para la resolución de dichos asuntos, a lo que debe agregarse que se estaba más bien frente a acciones de amparo de derechos fundamentales;

CUADRAGESIMOCUARTO: Que la Ley N° 20.015, aprobada hace sólo cinco años, persiguió morigerar sustancialmente los efectos de las alzas en los precios de los contratos de salud, limitando así las facultades de las instituciones de salud previsual, lo que se desprende inequívocamente de la historia fidedigna de su establecimiento. La incorporación del aludido artículo 38 ter tuvo por objeto precisar que el valor final se calcularía de acuerdo a un precio base y a una tabla de factores, agregando que la Superintendencia debía fijar mediante instrucciones de general aplicación la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar;

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, sin perjuicio de lo anterior, este disidente estima un imperativo categórico que los colegisladores democráticos –Congreso Nacional y Presidente de la República- se hagan cargo de las evidentes inequidades e injusticias que motiva a diario la aplicación de la referida normativa, particularmente respecto de las mujeres en edad fértil y de los adultos mayores;

CUADRAGESIMOSEXTO: Que así por lo demás lo señalaron diversos parlamentarios durante la discusión de la Ley N° 20.015. Así, el Senador Eduardo Frei hizo presente la necesidad de solucionar diversos problemas, como *“la desprotección de los usuarios frente a determinadas enfermedades; la discriminación por sexo y edad, y las expulsiones de afiliados por alza de precios en los planes de salud”*. El Senador Espina, por su lado, puntualizó que *“en cuanto a las Isapres, no hay duda de que hoy presentan tres grandes deficiencias: primero, generalmente el precio de los planes es alto; segundo, acusan una diferenciación por sexo y edad, que el proyecto corrige; y tercero, la reajustabilidad resulta muy incierta para los afiliados”*. El Senador Sabag, por último, concluye que *“otro aspecto que debemos destacar es la forma de fijar los precios de los planes, que se basa en el riesgo de las personas. De este modo, los planes son más caros para las mujeres en edad fértil y para los adultos mayores, lo que representa para los afiliados una suerte de discriminación, la cual se ve agravada cuando las Isapres proceden a expulsarlos del sistema”*;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que, en todo caso, es necesario recordar que el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, sólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violenta el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido (Vid., entre otros, Rol N° 664/2006, consid. 22º). Dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha precisado que: *“La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en Ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad”*. Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano ha añadido que: *“El legislador es libre dentro de los límites que la Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional”*. En el mismo sentido, en Alemania, se ha precisado que *“mientras no se oponga a mandatos o prohibiciones constitucionales, el Parlamento es libre en el empleo de sus facultades legislativas de configuración, en la determinación de prioridades y en el recurso a medios presupuestarios; igualmente libre es el Gobierno en su política interior y exterior o la Jurisdicción a la hora de interpretar y aplicar el derecho ordinario. El Bundesverfassungsgericht no es competente para examinar si cualquiera de tales órganos ha observado adecuadamente sus responsabilidades o ha dado con la fórmula de solución más justa”* (Helmut Simon, La Jurisdicción Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional, varios autores, 1996, p. 851). De este modo, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de

reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales. (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, página 170 II, en “50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Jürgen Schwabe, 2003, p. 92);

CUADRAGESIMOCTAVO: Que, en suma, la normativa dictada el año 2005 importó acotar sustancialmente el margen de discrecionalidad en materia de tablas de factores; sin embargo, resulta evidente que las miles de acciones de protección acogidas desde el año 2005 en las Cortes de Apelaciones del país y las acciones de inaplicabilidad que motivan este proceso de inconstitucionalidad dan cuenta de una situación compleja de la que deben hacerse cargo los poderes colegisladores, cumpliendo así el mandato esencial del Estado de dar protección a las personas y a la familia y de tutelar adecuadamente la igualdad y dignidad de las mismas, principios cardinales de nuestro ordenamiento constitucional, en estricta armonía con los de servicialidad y subsidiariedad del Estado. Como nos recuerda Bobbio, los derechos sociales *“obligan al Estado, como representante de la colectividad en su conjunto, a intervenir positivamente en la creación de instituciones adecuadas para hacer posible el acceso a la vivienda, para ejercer un trabajo o para recibir asistencia sanitaria”* (Teoría General de la Política, Madrid, 2003, p. 545). Ello además se engarza ineludiblemente ni más ni menos que con la propia libertad de los ciudadanos. Y es que, como señala el mismo autor, *“una persona instruida es más libre que una inculta; una persona que tiene un empleo es más libre que una desocupada; una persona sana es más libre que una enferma”*.

Redactó la sentencia el Ministro señor Mario Fernández Baeza, las prevenciones los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Francisco Fernández Fredes, respectivamente. A su vez, las disidencias fueron redactadas por la Ministra señora Marisol Peña Torres y por el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, respectivamente.

Notifíquese, regístrese y publíquese en el Diario Oficial dentro de tercero día. Cumplido lo anterior, archívese.

Rol 1710-10-INC.

Se certifica que el Ministro Enrique Navarro Beltrán concurre al acuerdo, pero no firma por encontrarse en comisión de servicios en el exterior.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olgún.

COLOMBIA- Sentencia 1

Sentencia T-585/10

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Análisis jurisprudencial sobre hecho superado y daño consumado

El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. *Por un lado, la carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna.* Por otro lado, la carencia actual de objeto por *daño consumado* se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006

INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO-Sentencia C-355 de 2006, circunstancias específicas y ratio decidendi/**INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO**-Requisitos y desarrollo jurisprudencial en materia de tutela

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES-Derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho reproductivo

Esta Sala concluyó, en la sentencia, que las prerrogativas que conceden los derechos reproductivos, incluida la IVE, son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991 pues especifican las facultades que se derivan necesariamente de su contenido en los ámbitos de la reproducción. En este sentido, los derechos reproductivos, con ellos la IVE, están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros.

IVE-Correlativas obligaciones de respeto y garantías en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud

El Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud – EPS e IPS- están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto- tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006. Así también, tienen el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad –obligación de garantía-. Del mismo modo, por su relevancia para el caso concreto, reafirma la Sala que el derecho al acceso a los servicios de IVE incorpora una importante faceta de diagnóstico y la

correspondiente obligación de los promotores y prestadores del servicio de salud de garantizarla mediante protocolos de diagnóstico oportuno que lleven a determinar si se satisface el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica para proceder, si lo decide la madre, a la IVE.

DECRETO 4444 DE 2006 QUE REGLAMENTA LA PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA-Consecuencias de la suspensión provisional respecto a las obligaciones del Estado y de los prestadores y promotores del servicio de salud

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LA MUJER-Empresas promotoras de salud e instituciones prestadoras de salud deben contar con un protocolo de diagnóstico en caso en que se configure hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre

IVE/ABORTO-Improcedencia por carencia actual de objeto por cuanto la madre no continuó con el embarazo

Referencia: expediente T-2.597.513

Acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veintidós (22) de julio de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio en la acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.

I. ANTECEDENTES

En el presente caso debe aclararse que por estar profundamente involucrada la dignidad de la actora, la Sala ha decidido no hacer mención al nombre de la titular de los derechos como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomarán medidas para impedir su identificación, reemplazando el nombre de la peticionaria por las letras AA. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará que la Secretaría de esta Corporación y que las autoridades judiciales de instancia guarden estricta reserva respecto de la parte actora en este proceso.

El nueve (9) de diciembre de dos mil nueve (2009), la ciudadana AA interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y la vida, los cuales, en su opinión, están siendo amenazados por el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- AA, madre cabeza de familia de veinticuatro (24) años (folio 4, cuaderno 1), perteneciente al régimen subsidiado –Sisbén Nivel 1- (folio 18, cuaderno 1) se encuentra en estado de embarazo por cuarta ocasión y éste fue diagnosticado como de alto riesgo (folio 6, cuaderno 1). Cuenta con diez (10) semanas de gestación (folio 1, cuaderno 1).

2.- Informa que el primero de sus embarazos se presentó cuando contaba con quince (15) años. Durante el mismo sufrió de preclampsia razón por la cual le fue inducido el parto a los seis (6) meses y medio pero su hijo nació sin vida.

Relata que el segundo de sus embarazos se produjo al poco tiempo y que a los cinco (5) meses de gestación empezó a tener complicaciones. A causa de éstas últimas tuvo que ser trasladada a Bogotá a los seis (6) meses de embarazo, lugar en el que le tuvieron que practicar una cesárea de emergencia debido a la eclampsia que sufría, producto de la cual nació su hija que en la actualidad tiene siete (7) años (folios 1 y 25, cuaderno 1).

Indica que a los veintiún (21) años quedó en embarazo por tercera vez pero tuvo un aborto espontáneo a las siete (7) semanas (folio 2, cuaderno 1).

3.- El siete (7) de noviembre de 2009 la actora fue remitida por la médica Lida Blanco, perteneciente al Centro de Salud El Recreo, a la unidad de Ginecología del Hospital Departamental de Villavicencio con indicación de que la atención debía ser prioritaria debido a que el embarazo era de alto riesgo (folio 6, cuaderno 1).

Afirma que manifestó al Centro de Salud mencionado *“el miedo de morir en este embarazo y el deseo de acogerme a la sentencia de la Corte Constitucional, que permite el aborto en aquellos casos en que está en riesgo la salud de la madre (...) pero no me dieron ninguna solución”* (folio 2, cuaderno 1).

4.- Ese mismo día –siete (7) de noviembre de 2009- fue atendida por urgencias en el Hospital Departamental de Villavicencio por la médica Mónica Bello (folio 5, cuaderno 1) quien la remitió al especialista en ginecología con indicación *“aborto”* (folio 8, cuaderno 1).

5.- Debido a la remisión antedicha fue atendida en el Hospital demandado, el diez (10) de noviembre del 2009, por el ginecólogo César Ávila quien confirmó el diagnóstico de embarazo de alto riesgo y le ordenó un *“control 1 mes”* (folio 7, cuaderno 1). Indica la actora que también le prescribió unos exámenes y le dio una nueva cita para el veinticinco (25) de noviembre de 2009 (folio 2, cuaderno 1). Para este momento contaba con seis (6) semanas de gestación (folio 7, cuaderno 1).

Afirma la señora AA que cuando ella le manifestó su temor por su vida y su deseo de proceder a la interrupción del embarazo *“se escuda en la objeción de conciencia”* y le respondió que *“hay que*

aguantar” (folio 2, cuaderno 1). Sin embargo, dice que “siento que mi cuerpo no aguanta más; cada día me siento más decaída, no solo son los múltiples episodios de náuseas que sufro, pues presento vómitos constates (sic) de día y noche, sino que estoy bajando un kilo de peso por semana. Como puedo aguantar cuando la cefalea es constante (...)” (folio 2, cuaderno 1).

6.- Relata la peticionaria que finalmente fue atendida un día antes de lo planeado, el veinticuatro (24) de noviembre de 2009, por un ginecólogo distinto -el doctor Bocarejo-, quien le da una orden para otra cita con el médico César Ávila, pero *“cuando me dirijo a sacarla me dice que espere la llamada en unos días ya que citas para este año no hay; y agenda del próximo año tampoco hay”* (folio 2, cuaderno 1).

Refiere que *“en la consulta le informé de los síntomas relatados anteriormente (...) además de que ahora el vomito viene acompañado de sangre, también le digo de mi dolor de cabeza que cada día terrible (sic) y que constantemente veo luces, escucho pitos debido a esto, que los pies en ocasiones se me inflaman; cuando toman mi peso notan que ya se encuentra en 60 kilos 4 kilos debajo del peso del 04 de noviembre y que ya estoy en condiciones de deshidratación pero no me solucionan nada”* (folio 2, cuaderno 1).

7.- Indica que el treinta (30) de noviembre de 2009 acudió a la Defensoría del Pueblo de Villavicencio *“en busca de ayuda pero tampoco fui escuchada”* (folio 2, cuaderno 1).

Solicitud de Tutela

8.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana AA exigió la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida que considera están siendo amenazados por el demandado al negarse a interrumpir su embarazo a pesar de que, en su opinión, están en peligro su vida y su salud razón por la cual está incurrida en una de las hipótesis en las que la interrupción voluntaria del embarazo -IVE- no es punible según la sentencia C-355 de 2006. Solicitó entonces que se ordene al Hospital demandado que se la practique (folio 1, cuaderno 1).

Respuesta de la entidad demandada

9.- El Hospital Departamental de Villavicencio contestó la acción de tutela impetrada por la señora AA el quince (15) de diciembre de 2009. Argumentó que *“hecha la consulta al Dr. Rodrigo Reyes, Coordinador de Ginecología del Hospital Departamental de Villavicencio, y que me permito aportar a esta contestación la situación es la siguiente: La paciente (...) no cuenta con al menos un requisito de la ley para proceder a interrumpir el embarazo, para el caso, ella asume que su vida está en peligro o su salud. En estos casos se necesita el concepto escrito del médico y/o psicólogo que asesore esto y hasta ahora, no hay documento no (sic) del Dr. Ávila o del Dr. Bocarejo. Ni anotación en la historia clínica que aconseje interrumpir el embarazo”*. De lo anterior concluyó que *“no ha habido violación o amenaza de violación de algún derecho fundamental de la accionante por parte del Hospital o de la Secretaría de Salud. Primero que todo, no existe un concepto médico que indique que la señora está en peligro de muerte por su nuevo embarazo. Así las cosas, mal puede ordenarse que el Hospital practique un aborto que no ha sido sustentado para hacerlo (...)”* (folios 33-34, cuaderno 1).

Actuaciones surtidas en primera instancia

10.- Mediante auto del nueve (9) de diciembre de 2009 el juzgado de primera instancia ordenó las siguientes pruebas (folio 13, cuaderno 1):

- (i) Remitir a la peticionaria al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses *“a fin de que se le practique valoración y se establezca la patología que está presentando, indiciando la gravedad de la misma y si pone o no en riesgo la vida de la paciente y de la criatura por nacer”*.
- (ii) Citar a la actora al juzgado *“a fin de que amplíe los términos de la acción de tutela”*.
- (iii) Citar al ginecólogo César Ávila *“para que rinda testimonio”*.

11.- El once (11) de diciembre de 2009 la peticionaria fue valorada por medicina legal, informe en el cual se concluyó *“se aconseja valoración por considerarse embarazo actual de alto riesgo”* (folios 30-31, cuaderno 1).

12.- El once (11) de diciembre de 2009 la accionante compareció ante el juez de primera instancia.

Al ser preguntada por su estado de salud respondió que *“tengo 11 semanas de embarazo, (...) mi estado de salud es malo, me siento enferma, vomito todo el tiempo y en ocasiones con sangrado, dolores de cabeza intensos, escucho pitos, veo lucecitas, dolor bajito, ardor y dolor en el estómago, los médicos dicen que es por el vomito y lo que más me preocupa es que pierdo un kilo semanal”*. Agregó que *“me siento decaída, enferma, anímicamente me siento triste y desesperada, ya que nadie me da solución a lo que tengo ni puedo trabajar para mantener a mi menor hija”*. Así mismo indicó que *“he tenido dos amenazas de aborto, el 4 y 13 de noviembre del presente año”* (folio 18, cuaderno 1).

Ante la pregunta de si había hecho alguna solicitud al Hospital para que interrumpieran su embarazo, contestó que *“no, por escrito no pero si verbalmente en casa consulta se lo he solicitado a los médicos tratantes, invocándoles la nueva sentencia que permite el aborto, pero ellos que no, que no están de acuerdo con el aborto y alegan objeción de conciencia”* (folio 19, cuaderno 1).

13.- El ginecólogo César Ávila pidió aplazamiento de la citación pero no se volvió a fijar fecha para ello (folio 32, cuaderno 1).

14.- Mediante auto del quince (15) de diciembre de 2009 el juzgado de primera instancia ordeno *“remitir al Hospital Departamental del Meta a la accionante (...) para que sea valorada de manera inmediata por un médico ginecólogo-obstetra y este emita concepto respecto de su estado de embarazo y determine si se trata de un embarazo de alto riesgo que coloca en riesgo la vida de la madre y del feto”* (folio 36, cuaderno 1)

15.- El dieciséis (16) de diciembre de 2009 se recibió en el juzgado de primera instancia la valoración requerida practicada por Rodrigo Reyes, ginecólogo obstetra, quien conceptuó: *“Paciente con alto riesgo de preclampsia pero que en el momento no tiene preclampsia, ni enfermedad orgánica que ponga en peligro inminente su vida como lo consagra la ley para interrumpir el embarazo. Sin embargo con una carga emocional que amerita concepto de psicólogo para determinar aptitud para continuar gestación si psicólogo (sic) emite concepto de paciente no apta psicológicamente, estaremos atentos para interrumpir el embarazo o cuando existe indicación médica”* (folio 38, cuaderno 1).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de instancia única

16.- El dieciocho (18) de diciembre de 2009 el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la actora.

Estimó, en primer lugar, que no se encontraba probada la hipótesis de peligro para la vida o la salud de madre que autorizaría la interrupción voluntaria del embarazo. Al respecto indicó que *“es evidente que del [dictamen practicado por medicina legal] (...) no emerge una situación que evidencie o constate algún grave peligro para la accionante (...) ni para su nasciturus en gestación (...)”* (folio 43, cuaderno 1).

Precisó al respecto que *“no corresponde al juez constitucional la carga probatoria sino a la accionante, por lo que si ella consideró que su vida se encuentra en grave e inminente peligro de muerte debió probarlo y no esperar a que fuera el juzgador quien agotara estas instancias (...)”* (folio 48, cuaderno 1).

En este sentido agregó que *“lo único que la madre pobremente llegó a demostrar con la historia clínica que allegó a este juzgado es que padece de un embarazo de alto riesgo, lo que no significa que su vida corra peligro, ya que en la actualidad son muchas las mujeres que pasan por las mismas circunstancias y el hecho de que padezca un embarazo de alto riesgo no significa que vaya a terminar con la muerte, distinto es que se hace necesario que la madre tenga cuidados médicos especiales y hasta ella misma cuide su vida y la de su hijo”* (folio 47, cuaderno 1).

En segundo lugar consideró que el demandado no se ha negado a realizar la interrupción del embarazo, por el contrario, según la valoración practicada por el ginecólogo Rodrigo Reyes, *“estarán atentos a interrumpir el embarazo cuando por lo menos exista una indicación médica (...)”* (folio 45, cuaderno 1).

En tercer lugar arguyó que *“con anterioridad a esta acción la ciudadana AA no había solicitado al demandado Hospital Departamental, la interrupción de su embarazo; entonces, mal puede endilgarse una vulneración a derechos fundamentales por acción u omisión de la accionada (...) El Hospital Departamental del Meta con su actitud no amenazó si quiera los derechos fundamentales de la señora AA; pues es deber del paciente informar y solicitar que si caso sea atendido, procedimiento que no realizó la accionante (...) antes de acudir a la acción de tutela, debió acudir a su entidad prestadora de salud del régimen subsidiado agotando tales instancias, para que allí se le practicasen todos los exámenes y valoraciones sobre su situación clínica y médica, donde se hubiese determinado la practica directa del aborto por parte del Hospital si cumplía alguno de los requisitos o en su defecto, ahí si finalmente al no existir otro medio, acudir si a la tutela como mecanismo excepcional”* (folio 45, cuaderno 1).

Actuaciones surtidas en el trámite de revisión

17.- Por medio de comunicación telefónica que tuvo lugar con la peticionaria el día veintiocho (28) de abril de 2010, el Despacho del Magistrado Sustanciador pudo constatar que la misma ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz; concretamente manifestó que *“no había continuado con el embarazo”*.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. vulneró el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo de la señora AA al negarse a practicarle el procedimiento necesario para la misma al estar incura, a su juicio, en una de las hipótesis en que ésta no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 –peligro para vida o la salud física o mental de la madre-.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto, (ii) la sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias específicas y su *ratio decidendi*, (iii) los requisitos para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo según la sentencia C-355 de 2006 y su desarrollo en la jurisprudencia en materia de tutela, (iv) el derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho reproductivo y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud, (v) consecuencias de la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 “por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva” respecto de las obligaciones del Estado y de los prestadores y promotores del servicio de salud, para finalmente (vi) resolver el caso concreto.

Jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto

4.- El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío¹. Lo anterior se presenta, *generalmente*, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

5.- *Por un lado, la carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria². En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna³.*

¿Cuál debe ser entonces la conducta del/de la juez/a de amparo ante la presencia de un hecho superado? Según la jurisprudencia constitucional⁴, para resolver este interrogante se debe hacer una distinción entre los/las jueces/zas de instancia y la Corte Constitucional cuando ejerce su facultad de revisión.

¹ Sentencia T-533 de 2009.

² *Ibidem*.

³ En el mismo sentido, las sentencias T-170 de 2009, T-309 de 2006, T-308 de 2003 y T-972 de 2000, entre muchas otras.

⁴ En el mismo sentido, las sentencias T-170 de 2009, T-309 de 2006, T-308 de 2003 y T-972 de 2000, entre muchas otras.

⁵ Sentencia T-533 de 2009.

Así, esta Corte ha señalado que “no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”⁵, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991⁶. Lo que es potestativo para los/las jueces/zas de instancia, se convierte en obligatorio para la Corte Constitucional en sede de revisión pues como autoridad suprema de la Jurisdicción Constitucional “tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”⁷.

Ahora bien, lo que sí resulta ineludible en estos casos, tanto para los/las jueces/zas de instancia como para esta Corporación, es que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado⁸, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

6.- Por otro lado, la carencia actual de objeto por *daño consumado* se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental⁹.

Recuérdese que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, por regla general¹⁰. En otras palabras, su fin es que el/la juez/a de tutela, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización¹¹. En este orden de ideas, en caso de que presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua¹² o, lo que es lo mismo, caería en el vacío¹³

⁵ Sentencia T-170 de 2009.

⁶ “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

⁷ Sentencia T-170 de 2009.

⁸ Ibídem.

⁹ Sentencia T-083 de 2010.

¹⁰ Al respecto, ver las sentencias T-803 de 2005, T-448 de 2004, T-873 de 2001, T-498 de 2000, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-138 de 1994, T-468 de 1992 y T-456 de 1992, entre otras.

¹¹ El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 25, regula la excepcional hipótesis de indemnización por vía de tutela de la siguiente forma: “Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ellos sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”. Sobre la aplicación de esta hipótesis en aquellos casos en que se debió haber ordenado la interrupción voluntaria del embarazo y por la negativa éste culminó en el nacimiento del/ de la hijo/a ver la sentencia T-209 de 2008.

¹² Sentencias T-288 de 2004, T-496 de 2003, T-436 de 2002, SU-667 de 1998, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-596 de 1993 y T-594 de 1992, entre otras.

pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal.

Cabe preguntarse cuál es la conducta a seguir por parte del/de la juez/a de tutela en el caso en el que se verifique la existencia de un verdadero daño consumado teniendo en cuenta que, como se dijo, cualquiera de sus órdenes sería inocua. Para responder a este interrogante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es necesario distinguir dos supuestos¹⁴.

El primero de ellos se presenta cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el cual ésta es improcedente pues, como se indicó, tal vía procesal tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio. A ello se refiere el artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 cuando indica que *“la acción de tutela no procederá... cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado (...)”*. Esto quiere decir que el/la juez/a de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo¹⁵. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño.

El segundo supuesto tiene lugar cuando el daño se consuma en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, tanto el/la juez/a de instancia como la Corte Constitucional en sede de revisión¹⁶:

- (i) Se pronuncien de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez/a de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado¹⁷.
- (ii) Hagan una advertencia *“a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)”*, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991¹⁸.
- (iii) Informen al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño¹⁹.
- (iv) De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el mencionado daño²⁰.

¹³ Sentencia T-309 de 2006, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998, entre otras.

¹⁴ T-083 de 2010.

¹⁵ Así se hizo, por ejemplo, en las sentencias T-979 de 2006 (respecto de la violación del derecho de petición), T-138 de 1994 y T-596 de 1993.

¹⁶ Sentencias T-170 de 2009 y SU-667 de 1998.

¹⁷ Ver sentencias T-803 de 2005, T-758 de 2003, T-873 de 2001, T-498 de 2000, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995, entre otras.

¹⁸ Así se hizo en las sentencias T-803 de 2005, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995.

¹⁹ Ver las sentencias T-170 de 2009 y T-576 de 2008.

²⁰ Así se hizo en las sentencias T-808 de 2005, T-662 de 2005, T-980 de 2004, T-288 de 2004, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998.

7.- Para ejemplificar la hipótesis del daño consumado durante el transcurso del proceso de tutela resulta útil traer a colación dos casos similares al presente, los cuales fueron decididos por esta Corte mediante las sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008.

En esas oportunidades se verificó la existencia de una carencia actual de objeto por daño consumado ya que, ante la injustificada negativa de las Empresas Promotoras de Salud –EPS- y de las Instituciones Prestadoras de Salud –IPS- a realizar a las peticionarias el procedimiento necesario para la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal no consentido, éstas dieron a luz. Como se ve, aquello que se pretendía evitar con la interposición de la acción de tutela se produjo de modo tal que no era posible emitir orden judicial alguna para retrotraer la situación.

Ante la presencia del daño consumado, de conformidad con la jurisprudencia reseñada, la Corte procedió a (i) indicar que los demandados habían incurrido en una vulneración de los derechos fundamentales de la actora al rehusarse a practicarle la IVE a pesar de encontrarse incurso en una de las hipótesis despenalizadas mediante la sentencia C-355 de 2006, (ii) señalar que los jueces de instancia han debido conceder el amparo y a (iii) oficiar a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de la Protección Social, al Consejo Seccional de Judicatura respectivo y a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se investigaran las conductas de las demandadas y de los jueces de instancia. Es más, en las sentencias reseñadas la Corte consideró que, más que informar a la peticionaria y a su familia sobre las acciones jurídicas a las que podía acudir para la reparación del daño, se debía hacer uso del artículo 25 del decreto 2591 de 1991 que permite, de forma excepcional (iv) ordenar en abstracto la indemnización del daño causado.

8.- Ahora bien, advierte la Sala que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto. A manera de ejemplo, ello sucedería en el caso en que, por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, el/la tutelante perdieran el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo.

Ello sucedió en un asunto similar al de la referencia –decidido a través de la sentencia T-988 de 2007- en el que tanto la EPS como los jueces de instancia se rehusaron ilegítimamente a practicar la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal violento en persona incapaz de resistir. Ante la negativa, la mujer terminó su gestación por fuera del sistema de salud, por lo que, en sede de revisión, cualquier orden judicial dirigida a la interrumpir el embarazo resultaba inocua. No se trataba entonces de un hecho superado, pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada, pero tampoco de un daño consumado en vista de que el nacimiento tampoco se produjo.

En esa ocasión se estimó que, no obstante la carencia actual de objeto, era necesario que la Corte (i) se pronunciara de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda y sobre los fallos de instancia para señalar que el amparo debía haber sido concedido y (ii) advirtiera a la demandada que no volviera incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales. Agrega la Sala que aquí también es procedente (iii) compulsar copias del expediente a las autoridades que se considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as que violaron derechos fundamentales.

9.- Visto lo anterior, es claro para la Sala que la carencia actual de objeto –por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela- no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, salvo la hipótesis de la daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que allí ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991. Menos aún cuando nos encontramos en sede de revisión, espacio en el cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional.

Además, como se dejo entrever, un pronunciamiento judicial en este tipo de casos, a pesar de la ausencia de una orden dirigida a conceder la solicitud de amparo, tiene importantes efectos en materia prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y puede ser un primer paso para proceder a la reparación de perjuicios y a la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

La sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias específicas y su *ratio decidendi*

10.- A través de la sentencia C-355 de 2006 le correspondió a la Corte Constitucional pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123 (parcial), 124, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000 Código Penal.

En la parte resolutive de la sentencia mencionada, la Corte decidió, con efectos de cosa juzgada constitucional que, al tenor del artículo 243 de la Carta Política, *vinculan a todas las personas y a todas las autoridades públicas sin excepción,*

- (i) “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 32, numeral 7 de la Ley 599 de 2000, por los cargos examinados en la presente sentencia”²¹.
- (ii) “Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”²².
- (iii) “Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión ‘...o en mujer menor de catorce años ...’ contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000”²³.

²¹ “ART. 32.—Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:1. / (...) /7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar (...)”

²² “ART. 122.—Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. / A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.”

²³ “ART. 123.—Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años.”

- (iv) “Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 124 de la Ley 599 de 2000”²⁴.

11.- Como se indicó en las sentencias T-988 de 2007 y T-388 de 2009, a partir de la lectura de la sentencia de constitucionalidad mencionada, es factible distinguir la *ratio decidendi*, esto es, aquellos argumentos utilizados por la Corte Constitucional para fundamentar la providencia que se relacionan de manera inescindible con la parte resolutive de la misma y que configuran, precisamente, el *decisum* de la providencia. A continuación, se hará alusión a algunos de los elementos más relevantes del *decisum*:

- (i) Ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales se garantiza en el ordenamiento jurídico constitucional colombiano de manera absoluta, pues estos deben poder dar lugar a la ponderación frente a otros valores, principios y derechos cuya protección también resulta relevante desde el punto de vista constitucional.
- (ii) El ordenamiento constitucional colombiano le confiere protección al valor de la vida y al derecho a la vida, pero esta protección no tiene igual extensión.
- (iii) Existe una protección general de la vida que engloba el valor de la vida del *nasciturus*. De ahí que la ley pueda diseñar los mecanismos para protegerla de la manera más óptima posible. Puede, incluso, el legislador acudir al derecho penal para esos efectos.
- (iv) La anterior posibilidad, no obstante, debe surtirse bajo las fronteras que traza la Constitución misma – reforzados estos límites con fundamento en lo dispuesto por el artículo 93 superior, esto es, por las garantías consignadas en un conjunto de convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia -. En ese orden, cualquier medida orientada a proteger el valor de la vida del *nasciturus* no puede significar atentar contra los derechos de la mujer gestante.
- (v) No puede entonces esa protección infringir los derechos de la mujer gestante a la dignidad, a la libertad en general, al libre desarrollo de su personalidad –que le reconoce la posibilidad de autodeterminarse y configurar su propia identidad-, a estar libre de toda suerte de discriminación injustificada y de violencia, a la vida, a la salud integral – física y mental – que incluye así mismo la salud sexual y reproductiva.
- (vi) Conferir un amparo absoluto al valor de la vida del *nasciturus* hasta el punto de penalizar el aborto en caso de conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, así como de incesto, cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, o cuando está en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante, equivale a permitir una intromisión estatal de magnitud desmesurada que se aparta por entero del mandato de proporcionalidad como ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional y desconoce las garantías que se desprenden a partir de la protección que se le confiere a los derechos de la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos.

La Corte, en la sentencia C-355 de 2006, fundamentó la falta de proporcionalidad de la penalización del aborto respecto de los derechos de la mujer embarazada en cada una de éstas tres hipótesis de la siguiente manera²⁵.

²⁴ “ART. 124.—Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. / PAR.—En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.”

²⁵ Ver al respecto las sentencias T-209 de 2008 y T-388 de 2009.

12.- Con relación a la primera de las circunstancias, para la Corte, *cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido, así como de incesto*, llevar el deber de protección del valor de la vida del *nasciturus* hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo resultaba manifiestamente desproporcionado e irrazonable pues confería protección absoluta a la vida del feto sobre los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de la mujer embarazada y, en ese sentido, *“priva[ba] totalmente de contenido estos derechos”*.

Encontró la Corte que el respeto por la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer excluía por entero el considerarla como “mero receptáculo”, motivo por el cual, en presencia de estas circunstancias, la exteriorización libre y autónoma del consentimiento de la mujer cobraba especial relevancia por encontrarse ante un hecho impuesto y no voluntario de inmensa trascendencia para su vida y para su realización personal en todos los sentidos.

13.- En lo que toca con la segunda de la hipótesis *-cuando el feto padece malformaciones de tal entidad que lo hacen inviable-* dijo la Corte que *“el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí, que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica, se encuentra en tales condiciones”*.

Una razón más para no penalizar la interrupción del embarazo bajo este supuesto radicaba, a juicio de la Corporación, en que sancionar penalmente la conducta con el fin de proteger la vida en gestación *“entrañaría la imposición de una conducta que excede la que normalmente es exigible a la madre, puesto que la mujer debería soportar la carga de un embarazo y luego la pérdida de la vida del ser que por su grave malformación es inviable”*. Fuera de lo anterior, obligar a la madre a llevar a término el embarazo implicaba del mismo modo *“someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana”*.

14.- Finalmente, encontró la Corte que, en *los casos en los cuales se ve amenazada la salud y la vida de la mujer gestante –tercera hipótesis-*, resulta a todas luces un exceso requerir que la vida de la madre – ya formada – ceda ante la vida del feto – apenas en formación -. En ese orden de ideas, manifestó la Corporación: *“si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propia de la madre respecto de la salvaguarda del embrión”*.

Al respecto de lo dicho, hizo hincapié la Corte en que la mujer en estado de gestación no puede ser obligada *“a asumir sacrificios heroicos”²⁶* ni puede conducirse *“a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”*. A juicio de la Corte, una obligación de esta entidad resulta por entero inexistente así el embarazo haya sido resultado de un acto consentido, máxime – agregó la Corporación - cuando se piensa en el artículo 49 Superior que contiene el deber en cabeza de toda persona *“de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud.”*

²⁶ Ver C-563 de 1995.

En relación con esta temática, trajo a la memoria la Corte lo establecido en diferentes convenios internacionales encaminados a proteger el derecho a la vida y a la salud de las mujeres (artículo 6 del PDCP²⁷; el artículo 12.1 de la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer²⁸, y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales²⁹) y recordó que tales disposiciones forman parte del bloque de constitucionalidad y exigen, en consecuencia, que el Estado adopte las medidas orientadas a proteger la vida y la salud de la mujer en estado de gravidez. En tal sentido, recalcó la Corte que prohibir el aborto cuando “*está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir (...) una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivada de las normas del derecho internacional.*”

A propósito de lo anterior, indicó la Corte que en una eventualidad como la descrita no se cobijaba en exclusivo la protección de la salud física de la mujer gestante sino también se extendía ese amparo a “*aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental*”, y evocó la disposición contenida en el artículo 12 del PIDESC según la cual la garantía del derecho a la salud supone, a su turno, gozar del “*más alto nivel posible de salud física y mental*”. Concluyó la Corporación, que el embarazo podía provocar “*una situación de angustia severa o, incluso, graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica*”.

Los requisitos para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo según la sentencia C-355 de 2006 y su desarrollo en la jurisprudencia en materia de tutela

15.- En la sentencia C-355 de 2006 la Sala Plena de esta Corporación dejó claros los requisitos que debían cumplir las mujeres embarazadas que, incursas en las circunstancias antes explicadas, desearan interrumpir voluntariamente la gestación. Ciertamente es que la Corte no excluyó a posibilidad de regulación legislativa, pero fue muy enfática al precisar que tales regulaciones no podían encaminarse a establecer “*cargas desproporcionadas sobre el ejercicio de los derechos de la mujer*”.

16.- En el caso de que la mujer haya sido víctima de una *conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido, así como de incesto*, y solicite interrumpir el embarazo que se ha producido como producto de la misma, la Corte indicó que el *único* requisito que se puede exigir para acceder a su petición es que *el hecho punible haya sido debidamente denunciado ante las autoridades competentes*. A manera enumerativa, que no exhaustiva, citó como ejemplo la Corporación que no se podría exigir, ni siquiera por vía legislativa o reglamentaria, (a) evidencia forense de penetración sexual, (b) pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva, (c) requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez, (d) pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue víctima de una violación o (e) permiso, autorización o notificación, bien del marido o de los padres.

²⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

²⁸ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

²⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que *“cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto”*³⁰.

De conformidad con lo anterior esta Sala de Revisión, en la sentencia T-988 de 2007, estimó que la EPS demandada había incurrido en una violación de los derechos fundamentales de una mujer con discapacidad física y mental que había quedado en estado de embarazo como consecuencia de un acceso carnal en persona incapaz de resistir al exigir requisitos adicionales a la denuncia para proceder a la IVE. En concreto, de manera ilegítima la demandada requirió sentencia judicial de interdicción y guarda y prueba psicológica por medio de la cual se comprobara que la relación sexual no había sido consentida. Así, se consideró que ésta *“en lugar de remover los obstáculos para lograr la efectividad de los derechos de la joven –lo que, como se mostró, es deber de las autoridades públicas y también de las EPS quienes obran en esa calidad al ser prestadoras del servicio público de salud-, se orientó a multiplicarlos”*. Agregó la Sala que con su conducta la EPS había desconocido la *ratio decidendi* de la sentencia C-355 de 2006.

De manera similar, en la sentencia T-209 de 2008 la Sala Novena de Revisión concluyó que la EPS y la IPS demandadas habían incurrido en una violación a los derechos fundamentales de una menor de catorce años víctima de acceso carnal abusivo al rehusarse a practicarle el procedimiento para la IVE bajo el argumento de que existían discrepancias entre la fecha del delito y la de la fecundación, a pesar de que se presentó la correspondiente denuncia y de que, en vista de la edad de la menor –trece años-, se presume la violación sexual de acuerdo con la legislación penal.

A igual conclusión arribó la Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-946 de 2008 mediante la cual se decidió el caso de una mujer interdicta, que quedó en estado de embarazo al ser víctima de acceso carnal en persona incapaz de resistir, y a la cual se le negó la práctica de la IVE debido a que no se podía determinar si el embarazo era en realidad producto de la violación. En concreto afirmó que *“la solicitud, de cualquier otro requisito, en el evento descrito constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En efecto, bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo”*.

17.- En los casos de que *exista grave malformación del feto que haga inviable su vida o esté en peligro la vida y la salud integral de la mujer gestante*, y ésta desee interrumpir la gestación, la Corte precisó, en la sentencia C-355 de 2006, que el *único* requisito que se puede exigir para acceder a su petición es un *certificado médico*.

Específicamente, en la hipótesis de afectación de la salud mental de la madre, esta Corte en la sentencia T-388 de 2009 aclaró que el certificado debe ser expedido por un profesional de la psicología y subrayó que está terminantemente prohibido descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos pues la Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.

³⁰ Sentencia T-209 de 2008.

En aplicación de la jurisprudencia constitucional referida, esta Sala de Revisión en la sentencia T-388 de 2009 consideró que se habían vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria, quien había exigido la IVE debido a que se presentaban malformaciones del feto que hacían inviable su vida, adjuntado el certificado médico respectivo, y a quien se le había solicitado orden judicial para proceder a la intervención.

18.- En la sentencia de constitucionalidad se aclaró también que cada una de las hipótesis despenalizadas *“tiene carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable”* o viceversa³¹.

El derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho reproductivo y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud

19.- Resulta innegable que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, surgió en Colombia un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas. En efecto, como se indicó, en esta sentencia la Corte concluyó que la protección de los derechos fundamentales de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental – contenidos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad- implican reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación en las tres precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada. En otras palabras, del contenido de los derechos fundamentales mencionados la Corte derivó el derecho a la IVE de las mujeres gestantes que se encuentran en los eventos antes indicados.

20.- Según la jurisprudencia constitucional, el derecho de las mujeres a la IVE se inscribe en la categoría de los *derechos reproductivos*³².

En la sentencia T-732 de 2009, esta Sala de Revisión, con fundamento en la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, afirmó que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

Reconoció la Sala que, tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, aceptó también que es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así³³, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo

³¹ En el mismo sentido, sentencia T-209 de 2008.

³² En este sentido, ver la sentencia T-732 de 2009. En la misma providencia, se explican las diferencias entre los denominados derechos sexuales y los reproductivos.

³³ El artículo 5 de la CEDAW obliga a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas para: *“a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos”*. Por su lado, el artículo 16 de la misma, obliga a los estados partes a adoptar *“todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial* (subrayado fuera de texto).

que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado.

- (i) Explicó la Sala que, en virtud de la *autodeterminación reproductiva* se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución que prescribe que *“la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”* y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)³⁴ que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre los nacimientos.

En este sentido, el derecho a la autodeterminación reproductiva reconoce a las personas, en especial las mujeres, el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no (artículos 13 y 42 de la Constitución³⁵ y artículo 11.2 de la CEDAW³⁶). Por tanto, se viola el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados³⁷ o cuando se solicitan pruebas de esterilización³⁸ o de embarazo³⁹ para acceder o permanecer en un empleo.

Además, reconoce que este tipo de decisiones son personales, pues *“[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos...no debe...estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”*⁴⁰. Es por ello que el derecho a la autodeterminación reproductiva es vulnerado, por ejemplo, *“cuando se obliga al marido a dar su autorización para decidir sobre la esterilización de la mujer, o cuando se establecen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como por ejemplo, tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando es obligatorio que los médicos y otros funcionarios de salud informen sobre los casos de mujeres que se someten a*

³⁴ Ratificada por Colombia desde 1982.

³⁵ *“La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”*.

³⁶ *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil (...)”*.

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Capítulo VII Los Derechos de la Mujer” en *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, junio, 2000, párr. 26. En el mismo sentido, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General Nº 19: La violencia contra la mujer*, 1992, párr. 22; COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General Nº 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “Observación General Nº 19” en *Naciones Unidas, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004; e INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS. *Políticas y prácticas que repercuten en la salud reproductiva de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen*, 1999, párr. 52.

³⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, 1997, párr. 14

³⁹ Esta Corte ha rechazado sistemáticamente esta práctica. Ver, entre otras, las sentencias T-1002 de 1999, T-472 de 2002, T-873 de 2005 y T-071 de 2007, entre otras.

⁴⁰ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General Nº 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22.

abortos⁴¹.

Ahora bien, después de la sentencia C-355 de 2006, es posible afirmar que, dentro del contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva, se encuentra el derecho de las mujeres a la IVE cuando se encuentran en las hipótesis despenalizadas.

- (ii) Así mismo, indicó la Sala, los derechos reproductivos reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas, en especial a las mujeres, de *acceder a servicios de salud reproductiva*. Estos incluyen, entre otros:

-Educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquél de su preferencia, prestación que está reconocida en los artículos 10⁴² y 12⁴³ de la CEDAW y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña⁴⁴.

-Medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Al respecto, el artículo 43 de la Constitución prescribe que *“durante el embarazo y después del parto [la mujer] gozará de especial asistencia y protección del Estado”*. Por su parte, el artículo 12 de la CEDAW impone a los Estados la obligación de asegurar *“a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”*. Así mismo, el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño los obliga a proporcionar *“atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”*.

-Prevención y tratamiento las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino⁴⁵.

-Por último, el acceso a los servicios de interrupción voluntaria embarazo de forma

⁴¹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 28. igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 29/3/2000, párr. 20.

⁴² “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)”

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia” (subrayado fuera de texto).

⁴³ “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia” (subrayado fuera de texto).

⁴⁴ “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...)”

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia” (subrayado fuera de texto). Ratificada por Colombia en 1991.

⁴⁵ Al respecto, en la sentencia T-605 de 2007, esta Corte protegió el derecho a la salud de una mujer y ordenó a una EPS practicarle una *“cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”*, excluida del Plan Obligatorio de Salud, para poner fin a una enfermedad que le impedía procrear. Así mismo, en la sentencia T-636 de 2007, con el mismo argumento, se ordenó a una EPS practicar a una mujer un examen de diagnóstico denominado *“cariotipo materno”* con el objetivo de determinar la causa de sus constantes abortos espontáneos.

segura, oportuna y con calidad en aquellos casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006.

Por su importancia para la resolución del caso concreto recalca la Sala que este derecho al acceso a los servicios de IVE incluye una innegable *faceta de diagnóstico* en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre. Tal diagnóstico médico tendrá el objetivo de determinar, precisamente, si se configura la hipótesis referida para que, si la madre lo desea, se expida el correspondiente certificado médico y se pueda proceder a la práctica de la intervención. En este sentido, al igual que sucede con la fase de diagnóstico del derecho a la salud según la jurisprudencia constitucional⁴⁶, la paciente tiene derecho exigir de su EPS e IPS una valoración oportuna al respecto.

21.- De todo lo anterior esta Sala concluyó, en la sentencia T-732 de 2009, que las prerrogativas que conceden los derechos reproductivos, incluida la IVE, son parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de 1991 pues especifican las facultades que se derivan necesariamente de su contenido en los ámbitos de la reproducción. Por esta razón la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 indicó que esta categoría de derechos *“abarca ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso”* (principio 4). En este sentido, los derechos reproductivos, con ellos la IVE, están implícitos en los derechos fundamentales a la vida digna (artículos 1 y 11), a la igualdad (artículos 13 y 43), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16), a la información (artículo 20), a la salud (artículo 49) y a la educación (artículo 67), entre otros.

Por lo dicho, y debido a la influencia del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que los derechos reproductivos están protegidos por la Constitución de 1991 ya que *“han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos”*⁴⁷.

22.- El reconocimiento de la IVE –en los tres casos despenalizados- como derecho fundamental protegido por la Constitución de 1991 y el bloque de constitucionalidad a partir de la sentencia C-355 de 2006 implicó el surgimiento de un conjunto de obligaciones de respeto y de garantía en cabeza del Estado y de los prestadores y promotores del servicio público de salud.

En otras palabras, el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –EPS e IPS- están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto- tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006. Así también, tienen el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad –obligación de garantía-⁴⁸.

⁴⁶ Al respecto ver la sentencia T-452 de 2010.

⁴⁷ Sentencia C-355 de 2006. Reiterada por las sentencias T-605 de 2007 y T-636 de 2007.

⁴⁸ Al respecto ver la sentencia T-988 de 2007.

Al respecto, la sentencia T-388 de 2009 enlistó, de forma enunciativa, algunas de las obligaciones de respeto y de garantía más importantes:

- (i) *“Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo.*
- (ii) *Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 (...)*
- (iii) *Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006 deben estar disponibles en todo el territorio nacional - bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia - y las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran.*
- (iv) *Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atienda la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico.*
- (v) *Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales.*
- (vi) *Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la suficiente disponibilidad de servicios de la red pública con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad.*
- (vii) *Ninguna entidad prestadora de salud – sea pública o privada, confesional o laica - puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 – cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia -.*
- (viii) *Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C- 355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:*
 - *Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido.*
 - *Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo,*

cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción.

- *Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos.*
- *Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas.*
- *Suscribir pactos – individuales o conjuntos - para negarse a practicar la interrupción del embarazo.*
- *Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados (as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos.*
- *Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.*
- *Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico – en este caso la práctica del aborto inducido – no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente.*
- *No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo”.*

Así mismo, por su importancia para la resolución del caso concreto, agrega la Sala que del derecho al acceso a los servicios de la IVE surge la correlativa obligación de garantizarlo, lo que, en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud de la madre, incluye el deber de las EPS e IPS de contar con *protocolos de diagnóstico* rápido en aquellos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o la mujer gestante alega estar incurso en ella, precisamente con el fin de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tales protocolos deben ser integrales, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE.

23.- De conformidad con lo anterior, la Sala concluye que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, existe en Colombia un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incurso en las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos.

Así también concluye que del derecho a la IVE se desprende, para el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –EPS e IPS-, la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto- y el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad –obligación de garantía-.

Del mismo modo, por su relevancia para el caso concreto, reafirma la Sala que el derecho al acceso a los servicios de IVE incorpora una importante faceta de diagnóstico y la correspondiente obligación de los promotores y prestadores del servicio de salud de garantizarla mediante protocolos de diagnóstico oportuno que lleven a determinar si se satisface el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica para proceder, si lo decide la madre, a la IVE.

Consecuencias de la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 “por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva” respecto de las obligaciones del Estado y de los prestadores y promotores del servicio de salud

24.- En la sentencia C-355 de 2006 la Corte fue enfática en determinar que *“para todos los efectos jurídicos (...) las decisiones adoptadas en esta sentencia tienen vigencia inmediata y el goce de los derechos por esta protegidos no requiere de desarrollo legal o reglamentario alguno. Lo anterior no obsta para que los órganos competentes, si lo consideran conveniente, expidan normas que fijen políticas públicas acordes con esta decisión”* (subrayado fuera del texto original). Ello porque los derechos de la mujer que sustentan la despenalización de la IVE en los tres casos explicados se encuentran en disposiciones constitucionales que poseen en sí mismas carácter normativo en virtud del artículo 4 de la Carta Política y en tratados internacionales sobre derechos humanos que tienen fuerza vinculante, prevalecen en el orden interno y hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 ídem).

En este orden de ideas, la Sala considera necesario advertir que la suspensión provisional del decreto 4444 de 2006 *“por el cual se reglamenta la prestación de unos servicios de salud sexual y reproductiva”* efectuada por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante auto del 15 de octubre de 2009 (expediente 2008-00256-00) *no soslaya en ninguna medida el derecho de las mujeres a la IVE y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y de los particulares que prestan y promueven el servicio de salud* ya que, se reitera, derivan directamente de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

25.- Así mismo, es pertinente recalcar que, en virtud de la suspensión provisional del mencionado decreto, no se afecta la fuerza vinculante del acuerdo número 350 de 2006 expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud *“Por medio del cual se incluye en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado la atención para la interrupción voluntaria del embarazo”* pues éste fue emitido, no con fundamento en el acto administrativo suspendido, sino con base en las facultades que el artículo 172 de la ley 100 de 1993 le confirió al mencionado organismo de definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del Plan Obligatorio de Salud.

26.- Igual sucede con la Circular Externa 058 del veintisiete (27) de noviembre de 2009 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud pues su emisión se fundamenta en una orden judicial

específica dada por esta Sala de Revisión en la sentencia T-388 de 2009 y no en el decreto 4444 de 2006 provisionalmente suspendido.

Recuérdese que en la sentencia T-388 de 2009 se ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud *“para que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las EPS e IPS – independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales - cuenten con las personas profesionales de la medicina así como el personal idóneo y suficiente para atender el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo los supuestos previstos en la sentencia C-355 de 2006 así como se abstengan de incurrir en exigencias adicionales inadmisibles - como las enumeradas por la Sala en el fundamento jurídico número 8 de la presente sentencia y bajo entera observancia de las exigencias determinadas en el fundamento jurídico 31 de la misma. Lo anterior deberá suceder en todos los niveles territoriales con estricta consideración de los postulados de referencia y contrarreferencia asegurando, de esta manera, que dentro de las redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal se garantice el servicio de interrupción voluntaria del embarazo bajo las hipótesis establecidas en la sentencia C-355 de 2006”*.

En virtud de lo anterior la Superintendencia Nacional de Salud expidió la Circular Externa 058 de 2009 dirigida a las entidades administradoras de beneficios. En ésta se reiteran algunas de las más importantes obligaciones de respeto y garantía que tienen los promotores y prestadores del servicio de salud con respecto al derecho de las mujeres a la IVE, las cuales, como se dijo, derivan directamente de la Constitución y del bloque de constitucionalidad de conformidad con la jurisprudencia constitucional. La Superintendencia:

- (i) Advirtió que todas las EPS e IPS, públicas o privadas, laicas o confesionales, deben garantizar el servicio de IVE en las circunstancias descritas en la sentencia C-355 de 2006.
- (ii) Indicó que es deber de todas las EPS, bien sean del régimen contributivo o subsidiado, independientemente de si son laicas o confesionales, contar dentro de su red de prestadores del servicio con IPS que tengan debidamente habilitado el servicio de ginecología en los niveles departamental, distrital y municipal, con el fin de garantizar el servicio de IVE en las hipótesis de la sentencia C-355 de 2006.
- (iii) Instó a las IPS, que tengan habilitado el servicio de ginecología, independientemente de si son laicas o confesionales, para que cuenten con personal médico idóneo y suficiente para atender el servicio de IVE en los supuestos de la sentencia C-355 de 2006.
- (iv) Reiteró que está prohibido a las EPS e IPS, públicas o privadas, laicas o confesionales, sentar objeción de conciencia institucional e imponer obstáculos o exigir mayores requisitos a los exigidos en la sentencia C-355 de 2006 frente a una solicitud de IVE.

27.- En definitiva, a pesar de la suspensión provisional de decreto 4444 de 2006, se mantiene incólume el derecho de las mujeres a la IVE y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y de los particulares que prestan y promueven el servicio de salud debido a que surgen directamente de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

Con las anteriores consideraciones procede la Sala a resolver el caso concreto.

Caso concreto

28.- En el presente asunto, la señora AA considera amenazados sus derechos fundamentales a la vida y a la salud debido a que el Hospital Departamental de Villavicencio se negó a practicarle el procedimiento para la interrupción voluntaria de su embarazo a pesar de que, a su juicio, está incurso en una de las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006, a saber peligro para la vida o la salud física o mental de la madre. En consecuencia, solicitó ordenar al demandado llevar a cabo la intervención referida.

29.- Advierte la Sala que en el presente caso se presenta una carencia actual de objeto que determina que sea imposible que la orden solicitada en la demanda de amparo –la práctica de la IVE- surta algún efecto. En efecto, por medio de comunicación telefónica que tuvo lugar con la peticionaria el día veintiocho (28) de abril de 2010, el Despacho del Magistrado Sustanciador pudo constatar que la misma ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz; concretamente manifestó que *“no había continuado con el embarazo”*.

En esta oportunidad la carencia actual de objeto no se deriva de la presencia de un hecho superado o de un daño consumado pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada pero, al mismo tiempo, el nacimiento tampoco se produjo. Aquí la carencia actual de objeto surge de una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela que hace que la pretensión sea imposible de llevar a cabo.

Ahora bien, como se expresó con anterioridad, la carencia actual de objeto, independientemente de la razón que la origine, no impide un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia⁴⁹. Menos aún cuando nos encontramos en sede de revisión, espacio en el cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional. Así mismo, a pesar de la ausencia de una orden dirigida a conceder la solicitud de amparo, el pronunciamiento de fondo tiene importantes efectos en materia prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y puede ser un primer paso para la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

Así, en la sentencia T-988 de 2007, en la que se presentó la misma situación, se estimó que, no obstante la carencia actual de objeto, era necesario que la Corte (i) se pronunciara de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presunta vulneración de los derechos invocados en la demanda y sobre los fallos de instancia para señalar que si el amparo debía haber sido concedido o negado y, en el primer caso, (ii) advirtiera a la demandada que no volviera incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales.

De conformidad con lo expresado, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre el asunto de la referencia.

30.- Es necesario determinar entonces si el Hospital Departamental de Villavicencio violó el derecho fundamental de la demandante a la IVE. Al respecto encuentra la Sala que la respuesta es afirmativa.

Como se dijo con anterioridad, del derecho fundamental a la IVE surge la obligación de garantizarlo en condiciones de calidad, oportunidad y seguridad, lo que, en los casos de la causal de peligro

⁴⁹ Salvo la hipótesis de la daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que allí ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991.

para la vida o la salud física o mental de la madre, incluye una importante faceta de diagnóstico y el correlativo deber de las EPS e IPS de contar con protocolos de diagnóstico rápido en aquellos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o la mujer gestante alega estar incurso en ella, y desea someterse a la IVE, precisamente con el fin de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tales protocolos deben ser integrales, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE.

En el caso concreto, la falta de un protocolo de diagnóstico oportuno en el Hospital demandado significó que la solicitud de IVE que hizo la peticionaria desde un primer momento (folio 8, cuaderno 1) fuera completamente pasada por alto por los profesionales de la salud que la atendieron –ginecólogos César Ávila y Bocarejo- quienes no le ordenaron ningún examen tendiente a determinar si se presentaba peligro para su vida o su salud física y mental y se limitaron a darle citas para controles (folio 7, cuaderno 1). Relata la peticionaria como la manifestación de los graves síntomas que sufría –cefalea, náuseas y vómito constante acompañado de sangre, rápida pérdida de peso, deshidratación, “tristeza y desesperación” entre otros (folios 2 y 18, cuaderno 1)- y su deseo de proceder a la IVE fue insensiblemente ignorada por los médicos mencionados que le decían simplemente que *“hay que aguantar”* y *“no le solucionaban nada”* (folio 2, cuaderno 1). Nótese que fue solamente con ocasión de la prueba ordenada por el juez de instancia que la señora AA fue examinada en el Hospital demandado con el objetivo de verificar el peligro para su vida o su salud. Tal actitud negligente por parte del Hospital constituye un flagrante incumplimiento de su obligación constitucional de garantizar el derecho fundamental a la IVE en su fase de diagnóstico.

Ahora bien, es cierto que, como resultado de la valoración requerida por el juzgado de primera instancia, el ginecólogo del Hospital demandado Rodrigo Reyes conceptuó que la paciente *“no tiene preclampsia, ni enfermedad orgánica que ponga en peligro inminente su vida como lo consagra la ley para interrumpir el embarazo”*, lo que descarta la causal de peligro para la vida y la salud física y legitima la negativa de la IVE, pero también es cierto que, en el mismo dictamen, advirtió el mismo médico que la actora presentaba *“una carga emocional que amerita concepto de psicólogo para determinar aptitud para continuar gestación”* (folio 38, cuaderno 1). A pesar de lo anterior, la peticionaria no fue remitida inmediatamente a un profesional de la psicología.

A juicio de la Sala, el Hospital demandado debió hacer la remisión antedicha en virtud de su obligación de garantizar la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE. Contrario a lo estimado por el juez de instancia, no bastaba que en el dictamen mencionado el médico del Hospital demandado indicara que si un psicólogo emitía *“concepto de paciente no apta psicológicamente, estaremos atentos para interrumpir el embarazo”* (folio 38, cuaderno 1), pues es precisamente la Institución Prestadora de Salud –el Hospital-, y no la peticionaria, la que cuenta con la red de profesionales necesaria para hacer una valoración en tal sentido. Se recuerda al ad-quo que, como es obvio, es deber de la IPS –no de las pacientes- proceder al diagnóstico médico ante una petición de IVE por la causal de peligro para la vida o la salud de la madre. Además, la remisión debió efectuarse en forma inmediata teniendo en cuenta que la gestación de la señora AA seguía avanzando y en tal sentido se hacía cada vez más compleja la posibilidad de practicar la IVE. En ausencia de la misma por parte del Hospital debió el juez de instancia haberla ordenado pues en el acervo probatorio constaba que era necesaria.

En definitiva, (i) el hecho de no proceder a un diagnóstico oportuno e integral ante la reiterada manifestación de la peticionaria de su deseo de someterse a la IVE debido a los graves síntomas que padecía, aunado a (ii) la falta de remisión inmediata de la accionante a una consulta psicológica desconocieron la fase de diagnóstico del derecho fundamental de la actora a la IVE.

31.- Fallas como la antes descrita inducen a las mujeres gestantes, sobre todo aquéllas de escasos recursos, a recurrir a procedimientos de interrupción de la gestación por fuera del Sistema de Seguridad Social en Salud en condiciones inseguras que pueden llegar a causarles la muerte o dejar graves secuelas en su salud física y mental⁵⁰. La Sala estima que el Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud deben prevenir estas violaciones a los derechos fundamentales de las mujeres garantizando la IVE en condiciones de seguridad, oportunidad y calidad en las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006.

Recuérdese que, antes de la emisión de la sentencia C-355 de 2006, varios organismos de vigilancia de tratados internacionales sobre derechos humanos expresaron al Estado Colombiano su preocupación debido a la alta tasa de mortalidad de las mujeres causada por abortos inseguros y recomendaron revisar la legislación para despenalizar al menos algunos eventos con el objetivo de disminuir el mencionado índice⁵¹. En ese orden de ideas, una vez despenalizadas las tres hipótesis descritas en la sentencia C-355 de 2006, se debe asegurar que ello se traduzca en una disminución efectiva de las muertes de mujeres por esta causa para que la recomendaciones de los organismos internacionales sean cumplidas, de lo contrario se podría configurar un desconocimiento de varios tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución) además de un incumplimiento de la obligación constitucional de prevenir las violaciones de derechos fundamentales de las mujeres.

Lo anterior se refuerza al tenerse en cuenta las recientes recomendaciones hechas a Colombia por el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, órgano que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a raíz de la presentación del sexto informe periódico (4 de agosto de 2010).

Indicó el Comité mencionado que *“19. El Comité felicita al Estado Parte por haber avanzado en la implementación de la recomendación anterior emitida del Comité en 2004 (CCPR/CO/80/COL, párr. 13) a través de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional que despenalizó del aborto en ciertas circunstancias; cuando la mujer haya sido víctima de una violación o incesto, cuando el embarazo pone en riesgo la vida o la salud de la mujer y cuando el feto presenta graves malformaciones que hacen inviable su vida fuera del útero. Sin embargo, le preocupa al Comité que, a pesar del Decreto 4444 de 2006 del Ministerio de Salud, proveedores de servicios de salud se niegan a proporcionar abortos legales y que el Procurador General de la Nación no apoya la aplicación de la sentencia de la Corte Constitucional en esta materia. Asimismo, al Comité le preocupa que la insuficiente educación sexual en el curriculum escolar, y de información pública sobre cómo acceder a un aborto legal, sigue causando la pérdida de la vida para mujeres que han recurrido a abortos inseguros (Artículos 3, 6 y 26)”*.

⁵⁰ En el mismo sentido, sentencia T-209 de 2008.

⁵¹ Ver, Observaciones a Colombia del Comité de Derechos Humanos, encargado de monitorear el cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos del 5 de mayo de 1997 y del 26 de mayo de 2004; Observaciones a Colombia del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, encargado de monitorear la CEDAW del 3 de febrero de 1999; Recomendaciones a Colombia del Comité de Derechos del niño/a, encargado de monitorear la Convención por los Derechos del Niño /a del 16 de octubre de 2000 y Recomendaciones a Colombia del Comité Interamericano de Derechos Humanos del 26 de febrero de 1999.

De conformidad con lo anterior afirmó que *“El Estado parte debe asegurar que proveedores de salud y profesionales médicos actúen en conformidad con la sentencia de la Corte y no se nieguen a proporcionar abortos legales. Asimismo, el Estado parte debe tomar medidas para ayudar a las mujeres a evitar embarazos no deseados, para que no tengan que recurrir a abortos ilegales o inseguros que puedan poner en riesgo su vida. El Estado parte debe facilitar el acceso a información pública sobre como acceder a un aborto legal”*.

32.- Además, no comparte la Sala el criterio usado por el juez de instancia para negar el amparo según el cual la actora *“no había solicitado al demandado Hospital Departamental, la interrupción de su embarazo”* (folio 45, cuaderno 1) pues está probado que lo hizo desde el primer día que fue atendida en tal lugar –siete (7) de noviembre de 2009- ya que la médica Mónica Bello (folio 5, cuaderno 1) la remitió al especialista en ginecología con indicación *“aborto”* (folio 8, cuaderno 1). Se recalca así que la solicitud de IVE no tiene formalidad alguna.

33.- Por último, desea la Sala pronunciarse acerca de algunas de las preguntas realizadas por el juez de instancia a la peticionaria durante la diligencia de ampliación de la acción de tutela, cuyas respuestas fueron además usadas como fundamento del fallo de instancia, las cuales vulneraron el derecho fundamental a la intimidad de la misma al ser cuestionamientos sobre información privada totalmente irrelevante para la resolución del caso concreto.

En efecto, en la audiencia el a quo hizo a la accionante preguntas como *“¿se encontraba usted planificando?”, “¿al ver usted la visible situación de no poder tener un embarazo normal, no ha pensado en realizarse un procedimiento que no le permita volver a quedar en estado de embarazo de carácter definitivo?”, “su escrito de tutela va dirigido a solicitar que le sea practicado un aborto, ¿porque (sic) tomó esta decisión (...)”?* (folios 18-19, cuaderno 1). De lo anterior, en el fallo de instancia, el juez concluyó *“(…) esta madre debió haber sido precavida y tomar una medida definitiva respecto de su reproductividad, hecho que no sucedió (...) resulta difícil comprender el por qué la accionante, si como parece, es conocedora de su dificultad para desarrollar un embarazo normal y sin problemas, si entonces (sic) porque ha perseverado en alcanzar tales condiciones de embarazada, sin acudir por el contrario a una operación de trompas que le impiden el disfrute de su sexualidad (...)”* (folio 46, cuaderno 1).

Tales preguntas y las consecuentes consideraciones vertidas en el fallo invadieron la órbita de intimidad de la petente ilegítimamente y sin justificación alguna ya que el objetivo de la diligencia judicial y la sentencia debió circunscribirse a recabar la información conducente y a resolver el problema jurídico que planteaba la acción de tutela y no convertirse en una forma de reprochar o “aconsejar” a la señora AA sobre sus decisiones reproductivas y las razones de las mismas, las que, dicho sea de paso, están solamente en cabeza de ella y de nadie más. Recuérdese que la jurisprudencia constitucional⁵² ha sido enfática en afirmar que, en virtud del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva, las determinaciones del ámbito de la reproducción son *estrictamente personales*, pues *“[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos...no debe...estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”*⁵³. No podía el juez abusar de su posición y abandonar su rol de operador jurídico para hacer un juicio moral sobre la vida sexual y reproductiva de la señora AA, su función era, por el contrario, proteger sus derechos fundamentales de las omisiones del Hospital demandado.

⁵² Sentencia T-732 de 2009.

⁵³ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General Nº 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22.

Rechaza también la Sala que el a quo, en el fallo de instancia, hiciera otro tipo cuestionamientos abiertamente inconducentes sobre el comportamiento de la peticionaria y los usara como fundamento para negar el amparo. Así, manifestó el juez que *“Resulta extraño para este despacho que no se tenga conocimiento de que la madre haya asistido a una cita de control prenatal, acudiendo solo al médico cuando son emergencias, demostrando con esto que ha sido negligente con su embarazo, a sabiendas de lo ocurrido con sus anteriores embarazos, queriendo este despacho destacar con lo dicho que anteriormente que la acción de tutela no puede ser la vía legal a la solución facilista (sic) de las madres que el versen (sic) frente a una situación de cuidados y dolencias como suelen ser los embarazos de altos (sic) riesgos (sic) decidan terminar con el proceso de gestación y embarazo y con ello la vida futura de quien por algunos es considerado un ser humano en formación”* (folio 47, cuaderno 1). De nuevo, la autoridad judicial se apartó de su papel de aplicador e interpretador del ordenamiento jurídico para hacer un juicio de reproche moral sobre la conducta de la actora el cual estaba completamente fuera de lugar.

Para la Sala es inconcebible que una mujer embarazada que padece un lamentable estado de salud, sujeto de especial protección constitucional, acuda al aparato judicial en busca de protección, al haber sido completamente ignorada por una institución que presta en servicio público de salud, resulte nuevamente violentada por la autoridad judicial al ser víctima de juicios de reproche de tipo moral que buscan coartarle su derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva. Es evidente que, en los casos de mujeres que solicitan amparo debido a que les ha sido negada la práctica de la IVE, las autoridades judiciales deben circunscribirse a determinar si se cumplen los requisitos exigidos en la sentencia C-355 de 2006 y si el Estado y los prestadores y promotores del servicio de salud han cumplido a cabalidad con sus obligaciones de respeto y garantía.

34.- De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, que decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la actora, para en su lugar declarar la carencia actual de objeto en la acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.

Adicionalmente, prevendrá al Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. para que en adelante cuente con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de esta orden.

Así mismo, se ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud –independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales– cuenten con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de lo anterior por parte de las EPS e IPS.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR por las razones expuestas el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, para en su lugar **DECLARAR** la carencia actual de objeto en la acción de tutela instaurada por AA contra el Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E.

Segundo.- PREVENIR al Hospital Departamental de Villavicencio E.S.E. para que en adelante cuente con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de esta orden.

Tercero.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud que de manera pronta adopte las medidas indispensables con el fin de que las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud –independientemente de si son públicas o privadas, laicas o confesionales– cuenten con un protocolo de diagnóstico rápido para aquéllos eventos en que los/as profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure la hipótesis de peligro para la vida o la salud de la madre o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella y desea someterse a la IVE; ello con el objetivo de determinar si se cumple el requisito impuesto en la sentencia C-355 de 2006 consistente en una certificación médica. Tal protocolo debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental. La Superintendencia Nacional de Salud deberá vigilar el cumplimiento de lo anterior por parte de las EPS e IPS.

Cuarto.- ORDENAR a la Secretaría de esta Corporación así como al juez de instancia que conocieron de este proceso para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de la peticionaria.

Quinto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada
Ausente en comisión

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

COLOMBIA- Sentencia 2

Sentencia T-841/11

Referencia: expediente T-3.130.813

Acción de tutela instaurada por Balder⁵⁴, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S.

Magistrado Ponente:
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado PP en la acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB Empresa Promotora de Salud (E.P.S.).

I. ANTECEDENTES

En el presente caso, por razones que serán explicadas a profundidad más adelante, la Sala ha decidido no mencionar en la sentencia ningún dato que conduzca a la identificación de la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, restringir el acceso al expediente a las partes del proceso y ordenar que tanto éstas como el juez de instancia y la Secretaría de esta Corte, guarden estricta reserva respecto de la identidad de la misma.

El once (11) de mayo de dos mil once (2011) la ciudadana Balder interpuso acción de tutela en representación de su hija menor de edad AA⁵⁵, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud los cuales, en su opinión, están siendo amenazados por BB E.P.S.

⁵⁴ Seudónimo asignado por la Sala de Selección número 7 en el auto de dieciocho (18) de julio de 2011, al seleccionar el expediente de la referencia para ser objeto de revisión por esta Corte.

⁵⁵ En el folio 2 del cuaderno 1 del expediente se encuentra el registro civil de la menor de edad, que comprueba la calidad de madre de la accionante.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustentó su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- AA, de doce (12) años⁵⁶, perteneciente al estrato 1⁵⁷, beneficiaria del régimen contributivo de salud a través de la E.P.S. BB⁵⁸, contaba con diecinueve (19) semanas de gestación al momento de la interposición de la acción de tutela⁵⁹. Su embarazo fue producto de una relación sexual sostenida con su novio, menor de edad de dieciséis (16) años⁶⁰.

2.- El veintiocho (28) de marzo de 2011, cuando contaba con catorce (14) semanas de gestación, AA acudió a la Institución Prestadora de Servicios de Salud (I.P.S.) CC –no vinculada con la E.P.S. BB⁶¹- para “confirmar embarazo y edad gestacional” y “solicitar información sobre la interrupción voluntaria del embarazo”⁶².

Tras una valoración, el médico DD expidió un certificado de riesgo para la salud como consecuencia de la continuación del embarazo. Concretamente señaló que estaba en riesgo su salud emocional ya que observó “frustración y depresión” y su salud física por el peligro de “complicaciones obstétricas”⁶³.

3.- Después de esta primera valoración, la niña refiere un intento de suicidio “ingiriendo pastillas de las cuales dice no recordar el nombre”⁶⁴.

4.- El nueve (9) de abril de 2011 AA acudió nuevamente a la I.P.S. CC -esta vez acompañada de su madre- y solicitó el servicio de interrupción voluntaria del embarazo (IVE) por la causal de peligro para la salud, ante lo cual se le informó “qué hacer para solicitarlo en la EPS según sentencia C-355/06”⁶⁵.

5.- El doce (12) de abril de 2011, cuando contaba con quince (15) semanas de gestación, AA fue valorada por el médico psiquiatra EE –no vinculado con la E.P.S. BB-. La niña refirió que su embarazo no era deseado y que, a partir de que conoció su estado, presentaba “tristeza, llanto frecuente”, “idea de culpa, alteración del patrón del sueño y ansiedad”. Expresó además su idea de no continuar el embarazo. El psiquiatra le diagnosticó una “reacción depresivo-ansiosa” al embarazo no deseado y determinó que “la continuidad del mismo afecta su salud mental”⁶⁶.

6.- El veinticinco (25) de abril de 2011, cuando AA contaba con una gestación de dieciocho (18) semanas, la gineco-obstetra FF, adscrita a la I.P.S. CC, certificó que la continuación del embarazo de AA “representa un riesgo para su salud tanto física como mental y social”. Indicó que “presenta síntomas depresivos y angustia severa y enfrenta los múltiples riesgos que significa continuar su embarazo y asumir la maternidad a su edad (...):

⁵⁶ Folios 2 y 3, cuaderno 1.

⁵⁷ Folio 74, cuaderno 1.

⁵⁸ Folio 67, cuaderno 1.

⁵⁹ Folio 31, cuaderno 1.

⁶⁰ Folio 59, cuaderno 1.

⁶¹ Folio 125, cuaderno 1.

⁶² Folios 71 y siguientes, cuaderno 1.

⁶³ Folio 73, cuaderno 1.

⁶⁴ Folio 81, cuaderno 1.

⁶⁵ Folio 77, cuaderno 1.

⁶⁶ Folio 4, cuaderno 1.

- *A corto plazo, un riesgo incrementado de complicaciones obstétricas y resultados perinatales adversos, que es incluso más intenso por encontrarse en el grupo de edad más temprano de la adolescencia. El riesgo que confiere su edad actúa de manera independiente de su nivel socioeconómico (aunque este lo agrava aún más) y del cuidado prenatal que se le brinde, por cuanto muchas de estas complicaciones no son prevenibles.*
- *A largo plazo, durante su vida adulta, un riesgo incrementado de sufrir de menor salud mental, social y física como resultado de asumir la maternidad a tan temprana edad. Este riesgo se refleja en mayor incidencia de depresión, uso de psicoactivos, menos escolaridad y estabilidad familiar y mayor pobreza y desventaja social, mayor riesgo de enfermedades físicas e incluso muerte prematura⁶⁷.*

7.- Ese mismo día – veinticinco (25) de abril de 2011- AA solicitó por escrito a la E.P.S. BB la práctica inmediata de la IVE *“por constituir peligro para mi salud”* adjuntando las dos certificaciones médicas más recientes. Señaló que *“el embarazo pone en peligro mi salud mental, puesto que las condiciones del embarazo y mi situación psicosocial han ocasionado un fuerte impacto emocional, personal y familiar que no deseo y no estoy obligada a soportar (...) el embarazo actual pone en riesgo mi salud en el ámbito psicosocial, pues afecta mi bienestar y mi proyecto de vida. Actualmente me encuentro atravesando una terrible depresión, siento que mi vida no tiene ningún sentido, vivo en una angustia permanente, esta situación ha trastocado por completo mi vida actual”⁶⁸.*

8.- El dos (2) de mayo la accionante se comunicó con la línea de atención al usuario de la E.P.S. BB para solicitar información acerca de la petición de IVE de su hija. Aseguró que le indicaron que *“la petición había sido negada y que no le iban a realizar ningún procedimiento pues los certificados al ser expedidos por un médico fuera de su red no eran válidos y que dada la edad gestacional una terminación del embarazo ponía en riesgo la vida de su hija”*. A raíz de lo anterior, la actora acudió a un punto de servicio al cliente de la E.P.S. BB para solicitar una respuesta escrita. Indicó que adujeron que *“no podían entregar respuesta porque dicho trámite se demoraba 15 días [pues a partir de ese momento empezaban a correr los términos de un derecho de petición] y aún estaban estudiando el caso”⁶⁹.*

9.- El cinco (5) de mayo de 2011 la peticionaria radicó un escrito en la E.P.S. BB en el que se reforzaban los argumentos de la solicitud de IVE de su hija AA en vista de que habían transcurrido ya nueve días desde la petición inicial sin respuesta escrita alguna⁷⁰.

10.- El cinco (5) de mayo de 2011 la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres –organización no gubernamental que había venido asesorando a la actora y a su hija- solicitó a la Secretaría de Salud de QQ *“ordenar a BB E.P.S. la realización de la interrupción del embarazo [de AA], en tanto se encuentra dentro de las causales amparadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 (...)”⁷¹.*

En el marco de la investigación preliminar No. GG del 2011, la Secretaría de Salud de QQ respondió que *“de conformidad con la competencia que nos atribuye el numeral 176 de la Ley 100 de 1993, artículos 43, 44 y 45 de la Ley 715 de 2001 y por el Decreto No. 1011 de 2006”* solo se puede investigar a *“Instituciones Prestadoras de Salud registradas ante la Secretaría de Salud que presten sus servicios bajo la vigilancia de la misma (...)”*, lo que excluye de su competencia el

⁶⁷ Folio 5, cuaderno 1.

⁶⁸ Folios 6 y siguientes, cuaderno 1.

⁶⁹ Folio 13, cuaderno 1; Folios 25, 26 y 32, cuaderno principal.

⁷⁰ Folio 21 y siguientes, cuaderno 1.

⁷¹ Folio 25 y siguientes, cuaderno 1.

presente caso al no ser BB E.P.S. una de ellas. De todos modos, aseveró que *“adelantará las diligencias administrativas necesarias (...) tendientes a esclarecer los hechos denunciados (...) requiriendo a BB EPS para que allegue los documentos que permitan tener una mayor claridad dentro de la presente investigación, igualmente (...) la competencia para el conocimiento de esta denuncia está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud y de BB EPS, por consiguiente la queja será remitida a las entidades competentes de su conocimiento”*⁷².

11.- A raíz de un dolor de estómago, el siete (7) de mayo de 2011 AA fue valorada por el médico general HH de la I.P.S. JJ –vinculada a la E.P.S. demandada-. Relata la peticionaria que, respecto de la IVE de su hija, el médico *“nos dijo que ellos no se comprometían a hacerle nada porque era peligroso y que mejor esperara la respuesta escrita de la EPS”*⁷³. Al mismo tiempo, remitió a AA a ginecología *“por alto riesgo”*⁷⁴. Asegura la actora que *“intentamos conseguir la cita pero hasta el momento solo nos han asignado una atención con ginecólogo para el día 24 de Mayo”*⁷⁵.

12.- Aduce la peticionaria que *“ya han transcurrido más de 15 días sin recibir ninguna respuesta efectiva, sin recibir las atenciones necesarias, situación que vulnera los derechos fundamentales de mi hija y pone innecesariamente en riesgo su vida y su salud. Hay claramente una dilación y una violación al principio de celeridad en la prestación del servicio (...) por cuanto se han tomado alrededor de 3 semanas –hasta ahora- para darme una respuesta efectiva y por el contrario se han impuesto mayores obstáculos para esto”*.

Añade que *“es claro que la presente petición: i) encaja perfectamente dentro de la hipótesis de despenalización del aborto reseñada; ii) encuentra el sustento probatorio exigido para su procedencia en las certificaciones anexas que es el único requisito establecido para estos casos en la sentencia C-355/06”*⁷⁶. Señala que el argumento según el cual los certificados médicos no son válidos al haber sido emitidos por médicos no adscritos a la E.P.S. demandada contraría la jurisprudencia constitucional, en especial la sentencia T-760 de 2008⁷⁷.

Solicitud de Tutela

13.- Con fundamento en los hechos narrados la ciudadana Balder exigió la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de su hija menor de edad AA, que considera están siendo amenazados por la E.P.S. demandada al no responder de forma oportuna y no acceder a interrumpirle su embarazo a pesar de que está en peligro su salud, una de las hipótesis en las que la IVE no es punible según la sentencia C-355 de 2006. Solicitó entonces que se ordene a BB E.P.S. que le practique la IVE a su hija⁷⁸.

Respuesta de la entidad demandada

14.- Por medio de auto del diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011) el juez de primera instancia ordenó vincular a la I.P.S. CC, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a la Secretaría de Salud de QQ, a la Personería de QQ, a la Secretaría de RR de QQ y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

⁷² Folios 28 y siguientes, cuaderno 1.

⁷³ Folio 32, cuaderno 1.

⁷⁴ Folio 30, cuaderno 1.

⁷⁵ Folio 32, cuaderno 1.

⁷⁶ Folio 32, cuaderno 1.

⁷⁷ Folio 31, cuaderno 1.

⁷⁸ Folio 33, cuaderno 1.

15.- El diecinueve (19) de mayo de 2011, la Secretaría de Salud de QQ manifestó que *“resulta improcedente cualquier acción incoada en contra de la Secretaría de Salud, por legitimación de la causa por pasiva, toda vez que la E.P.S. BB es la responsable de la garantía de la prestación de los servicios de salud que requiera su afiliada”*. En consecuencia solicitó ser desvinculada del proceso de tutela⁷⁹.

16.- El veinte (20) de mayo de 2011 el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —a través de un equipo conformado por trabajadora social y una psicóloga- visitó a AA en su colegio para emitir un informe psicosocial. Durante la visita la niña manifestó que *“presentaba síntomas de tristeza, llanto frecuente, dolor de cabeza (...)”*. Agregó que quiere someterse a la IVE *“porque su vida está en riesgo y no está preparada para tener un bebé (...) no cuenta con la edad suficiente y la capacidad para asumir su situación”*. Indicó también que *“comprende el alto riesgo que existe tanto en el procedimiento de la IVE como de continuar el proceso de gestación y que cualquiera que sea la decisión que sea la decisión que tome, quedarán secuelas, encontrándose dispuesta a recibir apoyo terapéutico”*⁸⁰.

17.- El veintitrés (23) de mayo de 2011 la Secretaría de RR de QQ señaló que, según la información que reposa en el expediente, a AA *“le asignaron una cita con ginecología para el día 24 de mayo del corriente, es decir que al momento de contestar la acción de tutela se encuentra en curso un procedimiento médico que puede determine una decisión de la accionada EPS BB”*. Así, *“hasta el momento no se le han violado los derechos a la niña AA, por cuanto la EPS BB le ha asignado una cita ginecológica a la niña para el día 24 de mayo, es decir que se encuentra adelantando el procedimiento que médica y científicamente puede corresponder con el caso que nos ocupa, es decir no se le ha negado lo peticionado (...)”*.

Agrega que *“la competencia para la vigilancia administrativa de las EPS corresponde a la Superintendencia Nacional de Salud, que es la llamada a investigar una eventual negativa de la EPS BB para adelantar el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo de la niña AA”*, por lo cual *“no sería legalmente procedente la vinculación de la Secretaría RR a la presente acción de tutela (...)”*⁸¹.

18.- El veintitrés (23) de mayo de 2011 la Personería de QQ descalificó los certificados médico anexos a la solicitud de IVE y en consecuencia indicó que *“no se encuentran suficientes elementos de juicio que nos permitan concluir, que nos encontramos frente a alguno de los tres eventos taxativos fijados a través de la sentencia C-355 de 2006, por la cual se despenalizó el aborto en circunstancias especiales”*⁸².

19.- El veintitrés (23) de mayo de 2011 la E.P.S. BB contestó la acción de tutela de la referencia. Respecto de la solicitud de IVE de AA informó que *“en aras de dar trámite a dicha solicitud agenda cita con nuestra contratada con el Dr. KK, Médico Ginecólogo para el día 24 de mayo de 2011, para emisión del concepto y manejo a seguir”*.

Argumentó que dentro de los anexos de la solicitud de IVE *“no se evidencia el anexo de la historia clínica de la paciente con conceptos que determine el procedimiento”* y agregó que *“solo procede la tutela para proteger el derecho a la salud en conexidad con la vida cuando se trate de eventos NO POS en caso de que se den los siguientes requisitos (...) 3. Que la orden médica haya sido*

⁷⁹ Folios 67 y siguientes, cuaderno 1.

⁸⁰ Folios 80 y siguientes, cuaderno 1.

⁸¹ Folios 84 y siguientes, cuaderno 1.

⁸² Folio 118 y siguientes, cuaderno 1.

*impartida por un médico tratante de la entidad accionada (...) De lo anterior se tiene que la orden médica no aparece probada por ningún lado (...)*⁸³.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de instancia única

20.- El treinta (30) de mayo de 2011 el Juzgado PP decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la hija de la actora. Estimó que *“teniendo en cuenta el criterio de la H. Corte Constitucional en su sentencia C-355 de 2006 y las pruebas referenciadas, considera el despacho que no se dan las consecuencias allí previstas pues las condiciones que supuestamente afectan y ponen en inminente riesgo y peligro la vida y salud de la menor, no se encuentran certificadas por un médico adscrito a la EPS en la que se encuentra vinculada la menor, tampoco está avalado el concepto emitido por el galeno de la entidad CC; otrora, y de igual manera según las pruebas aportadas al plenario, se advierte que la interrupción terapéutica del embarazo puede realizarse sin riesgo para la vida de la madre y el feto en las primeras 8 semanas de gestación y a la fecha la menor AA cuenta aproximadamente con 21 semanas de gestación, situación que sin duda pondría en peligro la vida de la menor y del feto”*⁸⁴.

Actuaciones surtidas en el trámite de revisión

21.- Por medio de escrito del veintiséis (26) de octubre de 2011 la abogada LL, perteneciente a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a quien la peticionaria otorgó poder para actuar en el asunto de la referencia⁸⁵, informó lo siguiente⁸⁶:

(i) AA *“fue valorada por ginecología el 24 de mayo y el 30 de mayo por psicología y trabajo social. En ninguna de estas consultas hubo respuesta a la petición de la IVE, todos manifestaron evasivamente la peligrosidad del procedimiento, la necesidad de valoraciones especializadas (...) de tener que llevarse a cabo una junta médica, entre otras”*.

(ii) *“Por requerimiento de la EPS, la menor fue valorada nuevamente por médico ginecólogo el día 2 de Junio, este emitió una orden para que se llevara a cabo una junta médica materno fetal, pero al mismo tiempo afirmó que él no se iba comprometer a hacer una IVE, y que sí era un embarazo de alto riesgo pero que la decisión la tomaba junto con otros médicos de otra clínica (materno infantil de MM), con los que se iba a reunir el 8 de junio, pero que lo más posible era que no hicieran la IVE pues ellos habían atendido niñas de hasta 9 años y no les había pasado nada”*.

(iii) *“El mismo 2 de junio (...) fue atendida para valoración psicológica y psiquiátrica en la sede Countrie de JJ IPS. En primer lugar, la psicóloga después de una entrevista en la que indagó por el estado emocional de la menor, afirmó que no iba a entregar ningún reporte por escrito sino que este quedaría en el sistema para la consulta de los demás médicos. En segundo lugar (...) fue valorada por un psiquiatra, quien entregó reporte completo sobre la situación de salud mental (...) y conceptúa un embarazo de alto riesgo con peligro para la salud y que presenta síntomas de ansiedad que deben ser manejados”*.

(iv) *“El 9 de Junio se comunicó con las peticionarias la Sra. NN de la sede administrativa de BB, manifestando su preocupación por que no se había emitido respuesta sugirió que lo mejor era*

⁸³ Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

⁸⁴ Folio 141, cuaderno principal.

⁸⁵ Folio 34, cuaderno principal.

⁸⁶ Folios 12-33, cuaderno principal.

exponer ante la comisaría de familia y exponer el caso como una violación, para que los médicos actuaran de inmediato. Ese mismo día, expidieron una orden para la realización de junta médica materno-fetal, con la jefe OO; para ese momento la menor ya contaba con 24 semanas de gestación”.

(v) “Una semana después telefónicamente nos informaron que los médicos habían decidido no realizar la IVE, pues consideraban que la vida de AA no se encontraba en grave peligro y que la edad gestacional estaba demasiado avanzada”.

(vi) AA “tuvo un parto el 20 de Septiembre de 2011 (...) Hoy en día el recién nacido tiene un mes de vida”.

(vii) “A la fecha por parte de la EPS no ha habido ninguna prestación de servicios tendientes a proteger la salud mental y psicosocial de la menor”.

22.- En el escrito referido la abogada solicitó:

(i) “(...) ordenar que se realicen de manera efectiva por parte del Ministerio de Protección Social, Superintendencia de Salud y Tribunal de Ética Médica, la investigaciones tendientes a establecer la responsabilidad de las entidades demandadas con la vulneración de los derechos fundamentales de la peticionaria (sic) [entiende la Sala que se refiere en realidad a AA y no a su madre]”.

(ii) “Ordenar que se adopten todas las medidas necesarias tendientes a restablecer los derechos vulnerados en el presente caso: provisión de servicios de salud integral para la peticionaria (sic) que restablezcan y mejores su salud en los ámbitos físico, mental y social. Inclusión de la peticionaria (sic) en programas o proyectos que aporten al mejoramiento de su calidad de vida y la reconstrucción de su proyecto de vida. Que se adopten medidas para la reparación integral para la peticionaria”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si la E.P.S. BB vulneró el derecho fundamental a la IVE de la niña AA al no responder y no acceder a su petición de IVE a pesar de que, a juicio de la peticionaria, está incurso en una de las hipótesis en que ésta no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 –peligro la salud física o mental de la gestante-.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su derecho fundamental a la IVE, (ii) la jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto, (iii) el derecho fundamental de las mujeres a la IVE como derecho reproductivo y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud, (iv) el derecho fundamental a la IVE cuando existe peligro para la vida o la salud

física o mental de la gestante, los requisitos para proceder a ésta y la imposibilidad de exigir requisitos adicionales y (v) la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante. Luego, la Sala (vi) resolverá el caso concreto.

Obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su derecho fundamental a la IVE

4.- En esta oportunidad la Sala estima pertinente resaltar la necesidad de que, tal como lo han hecho las diferentes Salas de Revisión de esta Corte⁸⁷, los jueces de tutela en todo caso reservan la identidad de las mujeres –incluidas las niñas– que solicitan el amparo su derecho fundamental a la IVE, sin importar si el amparo es finalmente concedido o negado. Ello tiene como base varios derechos fundamentales.

5.- En primer lugar la reserva explicada busca proteger el derecho fundamental a la intimidad personal reconocido por el artículo 15 de la Constitución.

A efectos de este derecho, lo íntimo es una *“esfera o espacio de vida privada”* en la cual se inscribe aquello que *“incumbe solamente al individuo”*, es decir, *“aquellas conductas o actitudes que corresponden al fuero personal”* y en las cuales *“la sociedad, de manera general, sólo tiene un interés secundario”*⁸⁸. Ha dicho esta Corte que *“el concepto de privacidad o de lo privado, corresponde a los asuntos que en principio tocan exclusivamente con los intereses propios y específicos de la persona humana, sin que afecten o se refieran a los demás miembros de la colectividad; (...) a contrario sensu, si alguna materia es considerada por el derecho de importancia o relevancia pública, su naturaleza se transforma de un asunto íntimo a una cuestión socialmente catalogada como común o general”*⁸⁹. La jurisprudencia constitucional ha citado como ejemplo de aquello que pertenece a la esfera de lo íntimo todo lo que le permite al ser humano desarrollar su personalidad e identidad⁹⁰: *“las relaciones familiares, las prácticas sexuales, la salud, el domicilio, las comunicaciones personales, las creencias religiosas, los secretos profesionales”*⁹¹, *“los acontecimientos personales, el pensamiento y sus expresiones”*⁹².

En virtud del derecho a la intimidad personal las personas pueden exigir que la esfera de lo íntimo esté libre de interferencias arbitrarias externas o, lo que es lo mismo, *“poder actuar libremente en la mencionada esfera”*⁹³. Así mismo, este derecho contiene la facultad de exigir que, salvo que medie la voluntad del titular, lo íntimo no sea divulgado o publicado y así *“sustraerse de cualquier tipo de opinión pública al respecto”*⁹⁴.

Para la Sala es claro que la decisión de una mujer de interrumpir voluntariamente su embarazo –en las condiciones de la sentencia C-355 de 2006– pertenece a la esfera íntima o privada y, en consecuencia, no se trata de un asunto de interés público o general pues es una decisión que le afecta solamente a ella y por la cual la sociedad no se ve perjudicada. Además, como se indicó, la

⁸⁷ Ver las sentencias T-988 de 2007, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-209 de 2008 y T-585 de 2010.

⁸⁸ Sentencia T-889 de 2009. En similar sentido las sentencias T-916 de 2008, T-768 de 2008, T-158A de 2008 y T-787 de 2004, entre otras.

⁸⁹ Sentencia T-787 de 2004.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Sentencia T-889 de 2009. En igual sentido la sentencia T-158A de 2008 y T-787 de 2004.

⁹² Sentencia T-916 de 2008.

⁹³ Sentencia T-889 de 2009. En igual sentido las sentencias T-916 de 2008, T-768 de 2008 y T-158A de 2008, entre otras.

⁹⁴ Sentencia T-889 de 2009. En similar sentido las sentencias T-158A de 2008 y T-787 de 2004, entre otras.

jurisprudencia constitucional ha citado como ejemplo de aquello que pertenece a la esfera de lo íntimo todo lo que le permite al ser humano desarrollar su personalidad y, en esa medida, la decisión de someterse a una IVE cae en este ámbito. Recuérdese que la sentencia C-355 de 2006 se basó, entre otros, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad para despenalizar el aborto en ciertos eventos. A lo dicho se suma que la decisión de no llevar a término un embarazo pertenece al ámbito de la sexualidad y reproducción el cual es uno de los más personales del ser humano y ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional como parte integrante de la esfera de lo íntimo.

Todo lo anterior significa, entre otras cosas, que esta decisión no puede ser divulgada o publicada a menos que opere el consentimiento de la mujer titular del derecho a la intimidad. Y una de las consecuencias que se deriva de ello es que, con independencia de la decisión que tome en el caso concreto, el juez de tutela al cual acude una mujer para exigir su derecho fundamental a la IVE debe siempre reservar su identidad.

6.- Además de la protección del derecho a la intimidad, esta reserva también tiene como razón de ser la creación de condiciones que favorezcan el acceso a la justicia por parte de las mujeres.

Aunque la decisión de someterse a una IVE –en los casos despenalizados por la sentencia C-355 de 2006- no solamente es legal sino totalmente respetable al ser tomada en ejercicio de un derecho fundamental fundado en otros de suma importancia en nuestro Estado Social de Derecho –como la vida, la salud física y mental, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad-, es innegable que aún es objeto de reproches morales y religiosos por parte de la sociedad. La posibilidad de verse sometida a este tipo de juicios puede disuadir a una mujer de acudir a la justicia a exigir su derecho fundamental a la IVE y, en ese sentido, la reserva de su identidad pretende extraer del conocimiento público esta decisión, impedir que se vea expuesta a los mismos y, de esta forma, crear condiciones favorables para que acceda a la justicia.

La relevancia de esta consideración se refuerza si se tiene en cuenta que las mujeres son un grupo tradicionalmente discriminado en lo que respecta al acceso a la justicia. En no pocas ocasiones son objeto de una nueva victimización basada en prejuicios de género de origen moral y religioso cuando acuden a los jueces a denunciar los delitos de los que generalmente son víctimas –como la violencia sexual e intrafamiliar- o a exigir derechos especialmente importantes en razón de su sexo –como los derechos sexuales y reproductivos-⁹⁵. Esta situación ha generado una tendencia a no acudir a la Rama Judicial, lo que no hace sino perpetuar las violaciones a sus derechos y su situación como grupo discriminado⁹⁶. A juicio de la Sala, para acabar con esa tendencia, al menos en lo que respecta a la IVE, es fundamental que los jueces de tutela reserven la identidad de las mujeres que la solicitan.

⁹⁵ Al respecto se pueden consultar los siguientes documentos: “Estudio sobre la tolerancia social e institucional a la violencia basada en género en Colombia” realizado en el año 2010 por el Fondo de Población las Naciones Unidas, disponible en http://issuu.com/infogenero/docs/cartilla_vbg; Informe “El acceso a las justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007), disponible en <http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf>; Informe “El progreso de las mujeres en el mundo 2011-2012. En busca de la justicia” elaborado por ONU Mujeres, disponible en http://issuu.com/onumujeres_region_andina/docs/progreso_de_las_mujeres_en_el_mundo_2011. Esta situación fue incluso reconocida por esta Corte en el auto 092 de 2008 y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en lo relativo a la violencia sexual contra las mujeres con ocasión del conflicto armado. El informe de la CIDH está disponible en <http://www.cidh.oas.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/indicemujeres06sp.htm>

⁹⁶ Tan cierta es esta situación que, a raíz de ella, la Rama Judicial en Colombia –a través de la Comisión Nacional de Género-, ha adelantado varias acciones para hacer realidad una administración de justicia con perspectiva de género. Ver http://www.ramajudicial.gov.co/csj/index.jsp?cargaHome=3&id_subcategoria=1008&id_categoria=213

7.- Resta exponer un último argumento relacionado íntimamente con el anterior. Esta reserva busca además garantizar el derecho fundamental a la IVE en sí mismo y los derechos a la vida y a la salud de las mujeres que se encuentran en las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006.

Por los reproches morales y religiosos a los que se pueden ver expuestas, ante una negativa por parte del sistema de salud algunas mujeres no recurren a la justicia y, en vez de ello, se realizan el procedimiento en lugares no autorizados arriesgando su salud e incluso su vida, peligro que se incrementa en el caso de aquellas que son menores de edad o de escasos recursos quienes por su condición terminan acudiendo a los lugares más inseguros⁹⁷. En opinión de la Sala, la reserva de la identidad de las mujeres que solicitan la IVE por medio de tutela, al crear condiciones favorables para el acceso a la justicia, también contribuirá a estimular el acceso al sistema de salud y así disminuir el número de mujeres que, a pesar de tener el derecho a la IVE, arriesgan su vida y su salud en sitios no autorizados.

8.- Las razones ofrecidas llevan a la conclusión de que todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, *en todo caso y con independencia del resultado del proceso*, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió.

Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva. En el caso de que se alegue la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante o la hipótesis de malformaciones graves del feto que hagan inviable su vida, existe una razón adicional para restringir el acceso al expediente por personas o autoridades ajenas al proceso de tutela pues en estos casos, por lo general, el expediente contendrá apartes de la historia clínica de la mujer, la cual goza de reserva legal por sí misma⁹⁸.

Observa la Sala que en el presente asunto el juez de instancia no protegió la identidad de la niña AA, por lo que la Sala lo hará en los términos antes mencionados. Así, no se mencionará en la sentencia ningún dato que conduzca a su identificación –se reemplazarán por combinaciones de letras-, se restringirá el acceso al expediente a las partes del proceso y se ordenará que tanto éstas como el juez de instancia y la Secretaría de esta Corte, guarden estricta reserva respecto de la identidad de la parte actora en este proceso, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Adicionalmente, con el objetivo de asegurar que la obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su derecho fundamental a la IVE en adelante sea conocida y cumplida por todos los jueces de tutela, en la parte resolutive de la presente sentencia la Sala ordenará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adelantar gestiones para que así sea.

⁹⁷ Al respecto, ver el estudio “Embarazo no deseado y aborto en Colombia” elaborado por el Guttmacher Institute que sugiere que muchas de las mujeres incurso en las causales despenalizadas no acuden al sistema de salud. Disponible en <http://www.orientame.org.co/IMG/pdf/Embarazo-no-deseado-Colombia.pdf>. En similar sentido las recomendaciones hechas a Colombia por el Comité de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, órgano que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a raíz de la presentación del sexto informe periódico (4 de agosto de 2010).

⁹⁸ Ver la ley 23 de 1981 y la resolución No. 1995 de 1999.

Jurisprudencia constitucional sobre la carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia.

9.- El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío⁹⁹. Lo anterior se presenta generalmente a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado.

10.- La carencia actual de objeto por hecho superado se da cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo -verbi gratia se ordena la práctica de la cirugía cuya realización se negaba o se reintegra a la persona despedida sin justa causa-, razón por la cual cualquier orden judicial en tal sentido se torna innecesaria¹⁰⁰. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna¹⁰¹.

¿Cuál debe ser entonces la conducta del juez de amparo ante la presencia de un hecho superado? Según la jurisprudencia constitucional¹⁰², para resolver este interrogante se debe hacer una distinción entre los jueces de instancia y la Corte Constitucional cuando ejerce su facultad de revisión.

Así, esta Corte ha señalado que “no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”¹⁰³, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991¹⁰⁴. Lo que es potestativo para los jueces de instancia se convierte en obligatorio para la Corte Constitucional en sede de revisión pues como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional “tiene el deber de determinar el alcance de los derechos fundamentales cuya protección se solicita”¹⁰⁵.

Ahora bien, lo que sí resulta ineludible en estos casos, tanto para los jueces de instancia como para esta Corporación, es que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado¹⁰⁶, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991.

11.- La carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido lo que se pretendía evitar con la acción de tutela,

⁹⁹ Sentencia T-533 de 2009.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ En el mismo sentido, las sentencias T-170 de 2009, T-309 de 2006, T-308 de 2003 y T-972 de 2000, entre muchas otras.

¹⁰² Sentencia T-533 de 2009.

¹⁰³ Sentencia T-170 de 2009.

¹⁰⁴ “ARTICULO 24. PREVENCIÓN A LA AUTORIDAD. Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado (...) en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este Decreto, todo son perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido. El juez también prevendrá a la autoridad en los demás casos en que lo considere adecuado para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”

¹⁰⁵ Sentencia T-170 de 2009.

¹⁰⁶ Ibidem.

de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental¹⁰⁷.

Recuérdese que la acción de tutela tiene un carácter eminentemente preventivo más no indemnizatorio, por regla general¹⁰⁸. En otras palabras, su fin es que el juez de tutela, previa verificación de la existencia de una vulneración o amenaza de un derecho fundamental, dé una orden para que el peligro no se concrete o la violación concluya; sólo excepcionalmente se permite ordenar algún tipo de indemnización¹⁰⁹. En este orden de ideas, en caso de que presente un daño consumado, cualquier orden judicial resultaría inocua¹¹⁰ o, lo que es lo mismo, caería en el vacío¹¹¹ pues no se puede impedir que se siga presentando la violación o que acaezca la amenaza. La única opción posible es entonces la indemnización del perjuicio producido por causa de la violación del derecho fundamental, la cual, en principio, no es posible obtener mediante la mencionada vía procesal.

Cabe preguntarse cuál es la conducta a seguir por parte del juez de tutela en el caso en el que se verifique la existencia de un verdadero daño consumado teniendo en cuenta que, como se dijo, cualquiera de sus órdenes sería inocua. Para responder a este interrogante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que es necesario distinguir dos supuestos¹¹².

El primero de ellos se presenta cuando al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado, caso en el cual ésta es improcedente pues, como se indicó, tal vía procesal tiene un carácter eminentemente preventivo mas no indemnizatorio. A ello se refiere el artículo 6, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991 cuando indica que *“la acción de tutela no procederá... cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado (...)”*. Esto quiere decir que el juez de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo¹¹³. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño.

¹⁰⁷ Sentencia T-083 de 2010.

¹⁰⁸ Al respecto, ver las sentencias T-803 de 2005, T-448 de 2004, T-873 de 2001, T-498 de 2000, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-138 de 1994, T-468 de 1992 y T-456 de 1992, entre otras.

¹⁰⁹ El Decreto 2591 de 1991, en su artículo 25, regula la excepcional hipótesis de indemnización por vía de tutela de la siguiente forma : *“Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ellos sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad”*.

¹¹⁰ Sentencias T-288 de 2004, T-496 de 2003, T-436 de 2002, SU-667 de 1998, T-170 de 1996, T-164 de 1996, T-596 de 1993 y T-594 de 1992, entre otras.

¹¹¹ Sentencia T-309 de 2006, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998, entre otras.

¹¹² T-083 de 2010.

¹¹³ Así se hizo, por ejemplo, en las sentencias T-979 de 2006 (respecto de la violación del derecho de petición), T-138 de 1994 y T-596 de 1993.

El segundo supuesto tiene lugar cuando el daño se consuma en el transcurso del trámite de la acción de tutela: en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En esta hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio que, tanto el juez de instancia como la Corte Constitucional en sede de revisión¹¹⁴:

(i) Se pronuncien de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la presencia del daño consumado y sobre si existió o no la vulneración de los derechos invocados en la demanda, lo cual incluye, en el caso del juez de segunda instancia y de la Corte Constitucional, la revisión de los fallos precedentes para señalar si el amparo ha debido ser concedido o negado¹¹⁵.

(ii) Hagan una advertencia “a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)”, al tenor del artículo 24 del decreto 2591 de 1991¹¹⁶.

(iii) Informen al actor o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para la reparación del daño¹¹⁷.

(iv) De ser el caso, compulsen copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño¹¹⁸.

12.- Para ejemplificar la hipótesis del daño consumado durante el transcurso del proceso de tutela resulta útil traer a colación dos casos sobre IVE, los cuales fueron decididos por esta Corte mediante las sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008.

En esas oportunidades se verificó la existencia de una carencia actual de objeto por daño consumado ya que, ante la injustificada negativa de las E.P.S. e I.P.S. a realizar a las peticionarias el procedimiento necesario para la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal no consentido, se hizo imposible la práctica de la IVE porque éstas dieron a luz.

Ante la presencia del daño consumado, de conformidad con la jurisprudencia reseñada, la Corte procedió a (i) indicar que los demandados habían incurrido en una vulneración de los derechos fundamentales de la actora al rehusarse a practicarle la IVE a pesar de encontrarse incurso en una de las hipótesis despenalizadas mediante la sentencia C-355 de 2006, (ii) señalar que los jueces de instancia han debido conceder el amparo y a (iii) oficiar a la Superintendencia Nacional de Salud, al Ministerio de la Protección Social, al Consejo Seccional de Judicatura respectivo y a la Fiscalía General de la Nación con el fin de que se investigaran las conductas de las demandadas y de los jueces de instancia. Es más, en las sentencias reseñadas la Corte consideró que, más que informar a la peticionaria y a su familia sobre las acciones jurídicas a las que podía acudir para la reparación del daño, se debía hacer uso del artículo 25 del decreto 2591 de 1991 que permite, de forma excepcional (iv) ordenar en abstracto la indemnización del daño causado.

13.- Ahora bien, en la sentencia T-585 de 2010 esta Sala advirtió que es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez de tutela relativa a lo

¹¹⁴ Sentencias T-170 de 2009 y SU-667 de 1998.

¹¹⁵ Ver sentencias T-803 de 2005, T-758 de 2003, T-873 de 2001, T-498 de 2000, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995, entre otras.

¹¹⁶ Así se hizo en las sentencias T-803 de 2005, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995.

¹¹⁷ Ver las sentencias T-170 de 2009 y T-576 de 2008.

¹¹⁸ Así se hizo en las sentencias T-808 de 2005, T-662 de 2005, T-980 de 2004, T-288 de 2004, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998.

solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto. A manera de ejemplo, indicó que ello sucedería en el caso en que, por una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela, el tutelante perdiera el interés en la satisfacción de la pretensión solicitada o ésta fuera imposible de llevar a cabo.

Esto fue precisamente lo que aconteció en el asunto decidido a través de la sentencia T-988 de 2007 en el que la E.P.S. se rehusó ilegítimamente a practicar la interrupción voluntaria de un embarazo producto de un acceso carnal violento en persona incapaz de resistir. Ante la negativa, la mujer terminó su gestación por fuera del sistema de salud por lo que, en sede de revisión, cualquier orden judicial dirigida a la interrumpir el embarazo resultaba inocua. No se trataba entonces de un hecho superado, pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada, pero tampoco de un daño consumado en vista de que el nacimiento tampoco se produjo. En esa ocasión se estimó que, no obstante la carencia actual de objeto, era necesario que la Corte (i) se pronunciara de fondo en la parte motiva de la sentencia sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda y sobre los fallos de instancia para señalar que el amparo debía haber sido concedido y (ii) advirtiera a la demandada que no volviera incurrir en las conductas violadoras de derechos fundamentales.

Lo mismo sucedió en el caso de la sentencia T-585 de 2010 en el que la I.P.S. demandada no realizó un diagnóstico oportuno a la peticionaria, cuyo embarazo al parecer estaba poniendo en riesgo su salud mental. Debido a esta omisión, la mujer terminó su gestación por fuera del sistema de salud. En esa oportunidad la Sala consideró que la carencia actual de objeto (i) no impedía un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, lo cual podría tener (ii) importantes efectos en materia prevención de futuras violaciones de derechos fundamentales y (iii) podía ser un primer paso para la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

14.- Visto lo anterior es claro para la Sala que la carencia actual de objeto –por hecho superado, daño consumado u otra razón que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela- no es óbice para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y sobre si el amparo ha debido ser concedido o negado, salvo la hipótesis de la daño consumado con anterioridad a la presentación de la acción de amparo ya que allí ésta es improcedente en virtud del artículo 6, numeral 14, del decreto 2591 de 1991. Menos aún en sede de revisión, espacio en el cual la Corte Constitucional cumple la función de fijar la interpretación de los derechos fundamentales como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional. Adicionalmente, como se dijo, este pronunciamiento judicial puede servir para prevenir futuras violaciones de derechos fundamentales, para reparar perjuicios y para activar los procesos dirigidos a derivar responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias.

El derecho fundamental de las mujeres a la IVE como derecho reproductivo y las correlativas obligaciones de respeto y garantía en cabeza del Estado y los promotores y prestadores del servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia

15.- En la sentencia C-355 de 2006, a raíz de una demanda de inconstitucionalidad contra varias normas del Código Penal relativas al delito de aborto, la Corte decidió que su penalización absoluta era contraria a la Constitución¹¹⁹. Esta consideración la llevó a indicar en la parte resolutive de la sentencia que *“no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo*

¹¹⁹ Para un recuento de los argumentos usados en la sentencia C-355 de 2006, ver la sentencia T-585 de 2010.

constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto”.

16.- Como se expresó en la sentencia T-585 de 2010, resulta innegable que a partir de la sentencia C-355 de 2006 surgió en Colombia un verdadero derecho a la IVE en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las hipótesis despenalizadas; afirmación que se fundamentó en una reconstrucción de la argumentación empleada en la mencionada sentencia de constitucionalidad.

Así, en la sentencia C-355 de 2006 la Corte concluyó que la protección de los derechos fundamentales de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental –contenidos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad- imponen reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación al menos en las tres precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada. En otras palabras, del contenido mismo de los derechos fundamentales mencionados la Corte derivó una facultad, es decir, un derecho consistente en decidir si procrear o abstenerse de hacerlo, el cual se activa en cabeza de las mujeres gestantes cuando se encuentran en los eventos antes indicados.

17.- Reitera la Sala en esta oportunidad que el derecho a la IVE tiene *per se* carácter fundamental¹²⁰ ya que hace parte de los denominados derechos reproductivos y más exactamente de la autonomía reproductiva, cuyo rango fundamental fue reconocido por la Corte en la misma sentencia C-355 de 2006. En esta última afirmó que *“los derechos reproductivos son una categoría de derechos humanos”* y que estos *“incluyen el derecho fundamental de todas las personas a decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos (...)*”¹²¹ (subrayas fuera del texto original). Como se ve la sentencia aludió expresamente a la naturaleza fundamental del derecho a la autodeterminación reproductiva y si la IVE –en las hipótesis despenalizadas- es parte del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva, entonces es lógico concluir que esta facultad también es de carácter fundamental.

18.- La pertenencia del derecho a IVE a la categoría de los derechos reproductivos y más específicamente a la autodeterminación reproductiva fue explicada profusamente por esta Sala en las sentencias T-732 de 2009 y T-585 de 2010. Esta clasificación partió del análisis del contenido de los derechos reproductivos en la Constitución de 1991 y en los tratados internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, entendidas estas normas de conformidad con la interpretación efectuada por esta Corte y por los organismos internacionales competentes.

En las mencionadas sentencias se expresó que los derechos reproductivos reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.

(i) En virtud de la autodeterminación reproductiva se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas, en especial de las mujeres¹²², de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o

¹²⁰ Como lo había expresado ya en la sentencia T-585 de 2010.

¹²¹ Aparte número 7 sobre los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política Colombiana y en el derecho internacional.

¹²² Como se reconoció en las sentencias T-732 de 2009 y T-585 de 2010, tanto hombres como mujeres son titulares de estos derechos, sin embargo, se aceptó también que es innegable la particular importancia que tiene para las mujeres la vigencia de los mismos ya que la determinación de procrear o abstenerse de hacerlo incide directamente sobre su proyecto

no, cuándo y con qué frecuencia. Ello encuentra su consagración normativa en el artículo 42 de la Constitución que prescribe que *“la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”* y en el artículo 16, ordinal e), de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)¹²³ que reconoce el derecho de la mujer y el hombre a decidir libremente sobre el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos.

En este sentido, el derecho a la autodeterminación reproductiva reconoce a las personas el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no (artículos 13 y 42 de la Constitución¹²⁴ y artículo 11.2 de la CEDAW¹²⁵). Por tanto, se viola el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se presentan, por ejemplo, embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados¹²⁶ o cuando se solicitan pruebas de esterilización¹²⁷ o de embarazo¹²⁸ para acceder o permanecer en un empleo.

Además, este derecho reconoce que este tipo de decisiones son personales, pues *“[l]a decisión [de la mujer] de tener hijos...no debe...estar limitada por el cónyuge, el padre, el compañero o el gobierno”*¹²⁹. Es por ello que el derecho a la autodeterminación reproductiva es vulnerado, por ejemplo, *“cuando se obliga al marido a dar su autorización para decidir sobre la esterilización de la mujer, o cuando se establecen requisitos generales para la esterilización de la mujer, como por ejemplo, tener cierto número de hijos o cierta edad, o cuando es obligatorio que los médicos y otros funcionarios de salud informen sobre los casos de mujeres que se someten a abortos”*¹³⁰.

Ahora bien, después de la sentencia C-355 de 2006 es posible afirmar que dentro del contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva se encuentra el derecho de las mujeres gestantes a la

de vida pues es en sus cuerpos en donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado.

¹²³ Ratificada por Colombia desde 1982.

¹²⁴ *“La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”*.

¹²⁵ *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: (...) 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil (...)”*.

¹²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Capítulo VII Los Derechos de la Mujer” en *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, junio, 2000, párr. 26. En el mismo sentido, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 19: La violencia contra la mujer*, 1992, párr. 22; COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. “Observación General N° 19” en *Naciones Unidas, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos*, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004; e INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, SUS CAUSAS Y CONSECUENCIAS. *Políticas y prácticas que repercuten en la salud reproductiva de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen*, 1999, párr. 52.

¹²⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Brasil*, 1997, párr. 14

¹²⁸ Esta Corte ha rechazado sistemáticamente esta práctica. Ver, entre otras, las sentencias T-1002 de 1999, T-472 de 2002, T-873 de 2005 y T-071 de 2007, entre otras.

¹²⁹ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. *Recomendación General N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 1994, párr. 22.

¹³⁰ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. *Observación General No. 28. igualdad de derechos entre hombres y mujeres*, 29/3/2000, párr. 20.

IVE pues tal decisión les reconoció precisamente la facultad de decidir libremente si procrear o no cuando se encuentran en las hipótesis despenalizadas.

(ii) Los derechos reproductivos también reconocen, respetan y garantizan la facultad de las personas, en especial de las mujeres, de acceder a servicios de salud reproductiva. Estos incluyen, entre otros:

-Educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquél de su preferencia, prestación que está reconocida en los artículos 10¹³¹ y 12¹³² de la CEDAW y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Niña¹³³.

-Medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Al respecto, el artículo 43 de la Constitución prescribe que *“durante el embarazo y después del parto [la mujer] gozará de especial asistencia y protección del Estado”*. Por su parte, el artículo 12 de la CEDAW impone a los Estados la obligación de asegurar *“a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”*. Así mismo, el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño los obliga a proporcionar *“atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”*.

-Prevención y tratamiento las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino¹³⁴.

-Por último, el acceso a los servicios de IVE de forma segura, oportuna y con calidad en aquellos casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006.

19.- Revisado el contenido de los derechos reproductivos se explica su caracterización como derechos fundamentales ya que las prerrogativas que conceden, incluida la IVE, son a su vez parte de los derechos fundamentales reconocidos expresamente en la Constitución de 1991 pues simplemente especifican las facultades que se derivan necesariamente de su contenido en el ámbito de la reproducción¹³⁵. Por esta razón la Declaración de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo de 1994 indicó que esta categoría de derechos *“abarca ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos*

¹³¹ *“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...)*

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia” (subrayado fuera de texto).

¹³² *“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”* (subrayado fuera de texto).

¹³³ *“1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.*

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...)

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia” (subrayado fuera de texto). Ratificada por Colombia en 1991.

¹³⁴ Al respecto, en la sentencia T-605 de 2007, esta Corte protegió el derecho a la salud de una mujer y ordenó a una EPS practicarle una *“cirugía desobstructiva de las Trompas de Falopio y retiro de adherencias del óvulo izquierdo”*, excluida del Plan Obligatorio de Salud, para poner fin a una enfermedad que le impedía procrear. Así mismo, en la sentencia T-636 de 2007, con el mismo argumento, se ordenó a una EPS practicar a una mujer un examen de diagnóstico denominado *“cariotipo materno”* con el objetivo de determinar la causa de sus constantes abortos espontáneos.

¹³⁵ Así las sentencias T-732 de 2009 y T-585 de 2010.

internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de Naciones Unidas aprobados por consenso” (principio 4). Afirmación similar a la hecha en la sentencia C-355 de 2006 según la cual el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres “parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos”.

20.- En la sentencia T-585 de 2010 se resaltó que el reconocimiento de la IVE –en los casos despenalizados- como derecho fundamental implicó el surgimiento de un conjunto de obligaciones de respeto y de garantía en cabeza del Estado y de los prestadores y promotores del servicio público de salud.

En otras palabras, el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.- están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas –obligación de respeto- tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006. Así también, tienen el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad –obligación de garantía-¹³⁶.

Al respecto, la sentencia T-388 de 2009 enlistó, de forma enunciativa, algunas de las obligaciones de respeto y de garantía más importantes:

- (ix) *“Las mujeres puestas bajo las hipótesis contenidas en la sentencia C-355 de 2006 gozan del derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de la interrupción voluntaria de su embarazo. Es este un derecho de las mujeres quienes aún colocadas en los supuestos allí determinados también pueden elegir con libertad llevar a término su embarazo.*
- (x) *Todas las mujeres deben poder contar con la información suficiente, amplia y adecuada que les permita ejercer a cabalidad y en libertad sus derechos sexuales y reproductivos, lo que incluye, el derecho a estar plenamente enteradas respecto de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006 (...)*
- (xi) *Los servicios de interrupción del embarazo bajo las hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006 deben estar disponibles en todo el territorio nacional - bajo estricto seguimiento de los postulados de referencia y contrarreferencia - y las mujeres en estado de gravidez han de poder acceder a los mismos en todos los niveles de complejidad que lo requieran.*
- (xii) *Las personas profesionales de la salud y, en general, el personal de salud que atienda la solicitud de las mujeres relativa a la interrupción voluntaria de su embarazo están obligados a ofrecer plena garantía de confidencialidad y, en consecuencia, a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad. Guardar el secreto profesional se convierte en una obligación de primer orden para los prestadores de servicios de salud en relación con este tópico.*
- (xiii) *Ni las mujeres que optan por interrumpir voluntariamente su embarazo bajo las hipótesis previstas en la sentencia C-355 de 2006, ni quienes atienden su solicitud,*

¹³⁶ En este sentido la sentencia T-988 de 2007.

pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o a centros educativos o su afiliación al sistema general de salud o riesgos profesionales.

- (xiv) Los departamentos, distritos y municipios están obligados a asegurar la suficiente disponibilidad de servicios de la red pública con el propósito de garantizarles a las mujeres gestantes el acceso efectivo al servicio de interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de calidad y de salubridad.*
- (xv) Ninguna entidad prestadora de salud – sea pública o privada, confesional o laica - puede negarse a la interrupción voluntaria del embarazo cuando la mujer se encuentra bajo los supuestos establecidos en la sentencia C-355 de 2006 – cualquiera que sea el tipo de afiliación a la seguridad social que tenga la mujer y con independencia de su condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia -.*
- (xvi) Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C- 355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras:*
 - Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido.*
 - Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción.*
 - Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos.*
 - Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas.*
 - Suscribir pactos – individuales o conjuntos - para negarse a practicar la interrupción del embarazo.*
 - Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados (as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos.*
 - Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.*
 - Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico – en este caso la práctica del aborto inducido – no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente.*

- *No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo”.*

Según la sentencia T-585 de 2010, en la hipótesis de peligro para la vida o la salud de gestante, a las obligaciones mencionadas se deben agregar las relativas a la faceta de diagnóstico, la cuales serán explicadas más adelante.

21.- De conformidad con todo lo anterior es imperioso concluir, como lo hizo la sentencia T-585 de 2010, que a partir de la sentencia C-355 de 2006 existe en Colombia un derecho a la IVE en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las hipótesis despenalizadas, el cual a su vez se deriva del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental.

También es necesario reiterar que este derecho tiene rango fundamental al inscribirse en una categoría—los derechos reproductivos- que ha sido considerada de naturaleza fundamental por la jurisprudencia constitucional. Lo anterior por ser especificaciones, en el ámbito de la reproducción, de varios derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución de 1991 tales como la vida, la salud, la igualdad, la libertad y la integridad personal.

De este reconocimiento del derecho fundamental a la IVE —en las circunstancias despenalizadas- se desprende para el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud —E.P.S. e I.P.S.-, la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis despenalizadas —obligación de respeto- y el deber de desarrollar, en la órbita de sus competencias, todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y que cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad —obligación de garantía-.

El derecho fundamental a la IVE cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante, los requisitos para proceder a ésta y la imposibilidad de exigir requisitos adicionales. Reiteración de jurisprudencia.

22.- Como se adelantó, en la sentencia C-355 de 2006 la Corte despenalizó el delito de aborto en los casos en los cuales se ve amenazada la salud y la vida de la mujer gestante.

El fundamento para ello fue que resulta a todas luces un exceso requerir que la vida de la madre — ya formada — ceda ante la vida del feto — apenas en formación -. En ese orden de ideas, manifestó la Corporación: *“si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propia de la madre respecto de la salvaguarda del embrión”.* Hizo hincapié la Corte en que la mujer en estado de gestación no puede ser obligada *“a asumir sacrificios heroicos”* ni puede conducirse *“a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general”.* A su juicio, una obligación de esta entidad resulta por entero inexigible así el embarazo haya sido resultado de un acto consentido, máxime — agregó la Corporación - cuando se tiene en cuenta el artículo 49 Superior que contiene el deber en cabeza de toda persona *“de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud.”*

La Corte trajo a la memoria lo establecido en diferentes convenios internacionales encaminados a proteger el derecho a la vida y a la salud de las mujeres (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³⁷, artículo 12.1 de la CEDAW¹³⁸ y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales –PIDESC¹³⁹) y recordó que tales disposiciones forman parte del bloque de constitucionalidad y exigen, en consecuencia, que el Estado adopte las medidas orientadas a proteger la vida y la salud de la mujer en estado de gravidez. En tal sentido, recalcó la Corte que prohibir el aborto cuando *“está en riesgo la salud o la vida de la madre puede constituir (...) una trasgresión de las obligaciones del Estado colombiano derivada de las normas del derecho internacional.”*

23.- También se indicó que la causal de peligro para la salud y la vida de la mujer gestante no cobija solamente la protección de su salud física sino que también se extiende a *“aqueellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental”*, y evocó la disposición contenida en el artículo 12 del PIDESC según la cual la garantía del derecho a la salud supone gozar del “más alto nivel posible de salud física y mental”. Concluyó la Corporación que el embarazo podía provocar *“una situación de angustia severa o, incluso, graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica”*.

24.- En la sentencia C-355 de 2006, además de indicar las hipótesis del delito de aborto que serían despenalizadas, la Sala Plena de esta Corporación dejó claros los requisitos que debían cumplir las mujeres embarazadas que, incursas en éstas, desearan interrumpir voluntariamente la gestación.

En los casos de peligro para la vida y la salud integral de la mujer gestante la Corte precisó que el *único* requisito que se puede exigir para acceder a su petición de IVE es un *certificado médico*. Específicamente en la hipótesis de afectación de la salud mental, en la sentencia T-388 de 2009 esta Sala subrayó que está terminantemente prohibido descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos pues la Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud.

25.- La jurisprudencia de las diferentes Salas de Revisión de esta Corte ha sido enfática y unánime en reiterar que, de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006, los *únicos* requisitos que se pueden exigir para proceder a una IVE son aquellos determinados en esta sentencia de constitucionalidad¹⁴⁰. Se ha expresado que, aunque es cierto que la Corte no excluyó a posibilidad de regulación legislativa, fue muy enfática al precisar que tales regulaciones no podían encaminarse a establecer *“cargas desproporcionadas sobre el ejercicio de los derechos de la mujer”*. Hasta el momento no hay regulación legislativa alguna lo que refuerza la conclusión de que *sólo* se pueden exigir los requisitos indicados en la sentencia C-355 de 2006.

Además, en la sentencia C-355 de 2006 se aclaró también que cada una de las hipótesis despenalizadas *“tiene carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo,*

¹³⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 6, El derecho a la vida. Doc. N. U., CCPR/C/21, Rev. 1, 30 de julio de 1982.

¹³⁸ Comité de la Convención para la eliminación de las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General No. 19, la violencia contra la mujer. Doc. N.U. A/47/28, 30 de enero, 1992, par. 7.

¹³⁹ Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Observación general No. 14.

¹⁴⁰ Ver las sentencias T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-388 de 2009.

exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable” o viceversa¹⁴¹.

Lo anterior corresponde plenamente con la obligación de respeto del derecho fundamental a IVE a la que se ha aludido en esta sentencia y en la sentencia T-585 de 2010, según la cual el Estado y los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.- están en la obligación de abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE en las hipótesis, tales como exigir requisitos adicionales a los descritos en la sentencia C-355 de 2006. Ha sido precisamente la trasgresión de esta obligación la que ha llevado a esta Corte a emitir varias sentencias de tutela en las cuales ha estimado vulnerados los derechos fundamentales de mujeres gestantes a las que se les han hecho exigencias no expresadas en la sentencia C-355 de 2006.

Así, en la sentencia T-988 de 2007 esta Sala de Revisión concluyó que la E.P.S. demandada había incurrido en una violación de los derechos fundamentales de una mujer con discapacidad física y mental -que había quedado en estado de embarazo como consecuencia de un acceso carnal en persona incapaz de resistir- al exigirle requisitos adicionales a la denuncia para proceder a la IVE, en contravía de la sentencia C-355 de 2006. En concreto, de manera ilegítima la demandada requirió sentencia judicial de interdicción y guarda y prueba psicológica por medio de la cual se comprobara que la relación sexual no había sido consentida. Así, se consideró que ésta *“en lugar de remover los obstáculos para lograr la efectividad de los derechos de la joven –lo que, como se mostró, es deber de las autoridades públicas y también de las EPS quienes obran en esa calidad al ser prestadoras del servicio público de salud-, se orientó a multiplicarlos”*.

De manera similar, en la sentencia T-209 de 2008 la Sala Novena de Revisión concluyó que la E.P.S. y la I.P.S. demandadas habían incurrido en una violación a los derechos fundamentales de una menor de catorce años -víctima de acceso carnal abusivo- al rehusarse a practicarle el procedimiento para la IVE bajo el argumento de que existían discrepancias entre la fecha del delito y la de la fecundación, a pesar de que se presentó la correspondiente denuncia y de que, en vista de la edad de la menor –trece años-, se presume la violación sexual de acuerdo con la legislación penal.

A igual conclusión arribó la Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-946 de 2008 mediante la cual se decidió el caso de una mujer interdicta -que quedó en estado de embarazo al ser víctima de acceso carnal en persona incapaz de resistir- a la cual se le negó la práctica de la IVE debido a que no se podía determinar si el embarazo era en realidad producto de la violación. En concreto afirmó que *“la solicitud, de cualquier otro requisito, en el evento descrito constituye un obstáculo al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En efecto, bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo”*.

Más recientemente esta Sala de Revisión en la sentencia T-388 de 2009 consideró que se habían vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria, que había exigido la IVE debido a que se presentaban malformaciones del feto que hacían inviable su vida, adjuntado el certificado médico respectivo, y a quien se le había solicitado orden judicial para proceder a la intervención.

¹⁴¹ En el mismo sentido, sentencia T-209 de 2008.

26.- Al tener en cuenta lo explicado, queda claro que a partir de la sentencia C-355 de 2006 las mujeres cuya vida o salud física o mental está en riesgo por causa del embarazo tienen el derecho fundamental de exigir la IVE, solicitud ante la cual las entidades del sistema de seguridad social en salud *sólo* pueden exigirles un *certificado médico* que dé cuenta tal amenaza ya que este fue el *único* requisito indicado en la sentencia C-355 de 2006. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, cualquier requisito adicional constituye incumplimiento de la obligación de respetar el derecho fundamental a la IVE.

La faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE cuando existe peligro para la vida o la salud física o mental de la gestante. Reiteración de jurisprudencia

27.- En la sentencia T-585 de 2010 esta Sala señaló que el derecho fundamental a la IVE incluye una faceta de diagnóstico en los casos de la causal de peligro para la vida o la salud física o mental de la madre. Ello porque, al tratarse de un asunto relacionado con la salud, es precisamente un diagnóstico médico el que puede determinar si se configura la hipótesis referida. De ahí que el requisito para acceder a la IVE sea justamente un certificado médico.

28.- En virtud de este contenido del derecho fundamental a la IVE, la gestante puede exigir de las entidades públicas y de los particulares que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S., I.P.S. y profesionales de la salud que la atiendan-:

(i) Una valoración médica oportuna sobre el peligro que representa el embarazo para su vida o su salud. Esta se debe dar en aquellos eventos en que los profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure ésta hipótesis o cuando la mujer gestante alega estar incurso en ella por los síntomas que presenta. Además, debe ser integral, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 determinó que la amenaza para ésta también legitima una solicitud de IVE.

(ii) La expedición oportuna del certificado médico para proceder a la IVE, el cual debe responder a los resultados de la valoración médica realizada.

29.- Así, de un lado, la obligación de respeto de la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE implica que una E.P.S., I.P.S. o un profesional de la salud no puede:

(i) Negar o dilatar la realización de las consultas o exámenes necesarios para verificar si el embarazo amenaza la vida o la salud física o mental de la gestante.

(ii) Negar o dilatar la emisión del certificado médico una vez hecha la valoración o expedir uno que no corresponda con el diagnóstico efectuado.

30.- De otro lado, según la sentencia T-585 de 2010, para satisfacer la obligación de garantía de esta faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE, las entidades públicas y privadas que participan del Sistema General de Seguridad Social en Salud –E.P.S. e I.P.S.- deben contar con protocolos de diagnóstico rápido en aquellos eventos en que los profesionales de la salud advierten la posibilidad de que se configure esta hipótesis o en los que la mujer gestante alega estar incurso en ella por los síntomas que presenta. Tales protocolos deben ser integrales, es decir, incluir una valoración del estado de salud mental pues la sentencia C-355 de 2006 concluyó que el peligro para la misma también es fundamento para una solicitud de IVE.

31.- De conformidad con lo expresado, en el caso decidido mediante la sentencia T-585 de 2010 esta Sala encontró vulnerado el derecho fundamental a la IVE en su faceta de diagnóstico y demostró que el Hospital demandado había incumplido su obligación de respetarlo y garantizarlo.

Indicó que, a pesar de la solicitud de IVE que hizo la peticionaria por los graves síntomas que padecía, los profesionales de la salud que la atendieron no le ordenaron ningún examen tendiente a determinar si se presentaba peligro para su vida o su salud física y mental y se limitaron a darle citas para controles. Solamente con ocasión de la prueba ordenada por el juez de instancia la actora fue examinada en el Hospital demandado con el objetivo de verificar el peligro para su vida o su salud. Agregó esta Sala que, aunque como resultado de esta valoración se descartó la causal de peligro para la vida y la salud física, en el mismo dictamen el médico advirtió un posible peligro para la salud mental, a pesar de lo cual la peticionaria no fue remitida inmediatamente a un profesional de la psicología ni por el Hospital demandado ni por el juez de instancia. Manifestó así mismo que lo sucedido sugería que el Hospital demandado carecía de un protocolo de diagnóstico oportuno para los casos de IVE en los que se alega la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante.

32.- En esta oportunidad la Sala resalta que la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la IVE es una aplicación de la ya reiterada y unánime jurisprudencia de esta Corte sobre el denominado derecho al diagnóstico como parte integrante del derecho fundamental a la salud¹⁴², la cual se ha venido desarrollando aproximadamente desde el año 2003¹⁴³.

Según esta línea jurisprudencial, el derecho al diagnóstico otorga a su titular –paciente- la facultad de exigir a su E.P.S. o I.P.S. *“(i) la prescripción y práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles”*¹⁴⁴.

Ha precisado además esta Corporación que el diagnóstico debe ser oportuno¹⁴⁵. Al respecto, ha dicho que *“es preciso resaltar que la urgencia de su práctica no se da en forma exclusiva en aquellos eventos en los cuales la vida del paciente se encuentra en riesgo inminente, pues la demora injustificada en la atención de las enfermedades ordinarias, ocasionada por la falta de diagnóstico, supone un ilegítimo irrespeto al derecho a la dignidad humana, toda vez que dicha actuación dilatoria obliga al paciente a soportar las inclemencias de su dolencia, siendo éstas evitables con la puntual iniciación del tratamiento médico”*¹⁴⁶. Además, el diagnóstico debe hacerse

¹⁴² Ver, entre otras, las sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-055 de 2009, T-274 de 2009, T-050 de 2009, T-760 de 2008, T-398 de 2008, T-795 de 2008, T-253 de 2008, T-1180 de 2008, T-881 de 2008, T-570 de 2008, T-083 de 2008, T-1177 de 2008 y T-324 de 2008.

¹⁴³ Ver la sentencia T-843 de 2003.

¹⁴⁴ Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-083 de 2008 y T-452 de 2010. En similar sentido la sentencia T-274 de 2009 en la que se indicó: *“(…) tal garantía confiere al paciente la prerrogativa de exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine ‘las prescripciones más adecuadas’ que permitan conseguir la recuperación de la salud, o en aquellos eventos en que dicho resultado no sea posible debido a la gravedad de la dolencia, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado”*.

¹⁴⁵ Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-055 de 2009, T-274 de 2009, T-881 de 2008, T-083 de 2008 y T-324 de 2008, entre otras.

¹⁴⁶ Sentencia T-274 de 2009, reiterada por la sentencia T-452 de 2010. En similar sentido, las sentencias T-785 de 2008, T-253 de 2008 y T-1177 de 2008, entre otras.

de manera completa¹⁴⁷ y con calidad¹⁴⁸.

Con base en lo anterior, esta Corte ha identificado como una las conductas violatorias del mencionado derecho el que la E.P.S, I.P.S. o su personal médico rehúsen o demoren la realización de cualquier tipo de diagnóstico respecto de los síntomas que presenta el paciente y, en consecuencia, nieguen o retarden la prescripción de cualquier tipo de tratamiento¹⁴⁹.

Se ha hecho notar que, sin la orden médica respectiva, no se cumple el requisito jurisprudencial consistente en que para que se concedan servicios médicos por medio de la acción de tutela éstos deben estar respaldados en el concepto de un profesional de la salud pues el juez carece del conocimiento científico para determinar el tratamiento de las enfermedades¹⁵⁰. Así las cosas, en algunas ocasiones las entidades del sistema de salud o su personal médico niegan o retardan la emisión de un diagnóstico y de la respectiva prescripción del tratamiento con el objetivo de evitar ser sujetos pasivos de la acción de tutela y con ello obstaculizan en la práctica la garantía del acceso a los servicios y prestaciones en salud a los que tienen derecho las personas¹⁵¹.

Ante esta conducta, la jurisprudencia constitucional ha indicado que *“cuando el usuario no cuenta con una orden médica escrita, pero no ha logrado superar satisfactoriamente alguna patología, le asiste el derecho a que se le diagnostiquen las prestaciones necesarias para conjurar dicha situación”*¹⁵². La orden del juez constitucional debe estar dirigida entonces a que la E.P.S. o I.P.S., en cabeza de su personal médico, especializado de ser el caso, emitan respecto del paciente un diagnóstico y la respectiva prescripción que le permita iniciar un tratamiento médico dirigido a la recuperación de su salud o al alivio de su dolencia según el caso¹⁵³.

Revisada brevemente la jurisprudencia sobre el denominado derecho al diagnóstico, se ven las coincidencias con faceta de diagnóstico del derecho a la IVE. Ambas otorgan al paciente la posibilidad de exigir la realización de todos los exámenes y consultas necesarias para hacer un diagnóstico oportuno, completo y de calidad, con la consecuente prescripción de un tratamiento acorde con el mismo. La especificidad en el caso de la IVE es que el paciente es una mujer gestante, el diagnóstico se dirige a comprobar o descartar la presencia de una amenaza a la vida o salud mental o física a causa del embarazo y la prescripción, en la primera de las situaciones, es la realización de una IVE, si la mujer libremente desea proceder a ella. Así también la construcción jurisprudencial de ambos derechos busca evitar que las entidades públicas y privadas del sistema de seguridad social en salud obstaculicen o nieguen el acceso a los servicios médicos en general, y a la IVE en particular, mediante la negación injustificada de la expedición de las órdenes o certificados médicos.

Con las anteriores consideraciones procede la Sala a resolver el caso concreto.

¹⁴⁷ Ibídem.

¹⁴⁸ Sentencias T-083 de 2008 y T-452 de 2010.

¹⁴⁹ Es el caso de las sentencias T-050 de 2009, T-1180 de 2008 y T-646 de 2009.

¹⁵⁰ Sentencias T-055 de 2009, T-050 de 2009, T-398 de 2008, T-1180 de 2008, T-881 de 2008 y T-570 de 2008, entre otras.

¹⁵¹ Sentencia T-274 de 2009.

¹⁵² Sentencia T-050 de 2009.

¹⁵³ Sentencia T-452 de 2010.

Caso concreto

33.- En el presente asunto, Balder considera amenazados los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de su hija menor de edad AA debido a que BB E.P.S. no respondió su solicitud de IVE y se negó a practicarle el procedimiento, a pesar de que, a su juicio, está incurso en una de las hipótesis despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006, a saber, peligro para la salud de la madre. En consecuencia, solicitó ordenar a la demandada llevar a cabo la intervención referida.

34.- Advierte la Sala que en el caso de la referencia se presenta una carencia actual de objeto que determina que sea imposible que la orden solicitada en la demanda de amparo –la práctica de la IVE- surta algún efecto pues, por medio de escrito del veintiséis (26) de octubre de 2011, la abogada de la peticionaria informó al Despacho del Magistrado Ponente que AA dio a luz el veinte (20) de septiembre de 2011¹⁵⁴. En esta oportunidad la carencia actual de objeto se deriva de un daño consumado pues la amenaza del derecho fundamental que se denunciaba en el escrito de tutela –suponiendo que ésta tuvo lugar- se ha concretado haciendo imposible ordenar lo que se pretendía –la IVE-, de modo tal que lo único que procedería es el resarcimiento de los daños que hubieran podido originarse por la pretendida violación del derecho fundamental, lo cual es excepcionalmente permitido por medio de la acción de tutela.

Como se expresó, la carencia actual de objeto por daño consumado no impide a esta Corte pronunciarse de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y la corrección de las decisiones judiciales de instancia, salvo que el daño se consume con anterioridad a la presentación de la acción –lo que no sucedió en el presente caso-. Ello es así porque este pronunciamiento tiene importantes efectos en materia de interpretación de los derechos fundamentales y prevención de sus futuras violaciones, además de que puede ser un primer paso para la reparación del daño ocasionado y la determinación de responsabilidades administrativas, penales y disciplinarias. Esta fue la postura asumida por la Corte en las sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008, en las cuales se produjeron los nacimientos tras la negación injustificada de las solicitudes de IVE. Después de concluir que se había incurrido en violación de derechos fundamentales, se ofició a las entidades encargadas de investigar administrativa, disciplinaria y penalmente a los demandados y a los jueces de instancia y se hizo uso del artículo 25 del decreto 2591 de 1991 que permite, de forma excepcional, ordenar en abstracto la indemnización del daño causado.

De conformidad con lo expresado, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre el asunto de la referencia, al cabo de lo cual decidirá si hay lugar a tomar medidas en relación con la reparación del daño y las posibles responsabilidades que deriven de la violación de derechos fundamentales.

35.- Es necesario determinar entonces si BB E.P.S. violó el derecho fundamental de AA a la IVE. Encuentra la Sala que la respuesta es afirmativa y que ello fue consecuencia de acciones y omisiones imputables a la demandada, que revelan el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía del derecho fundamental mencionado.

La primera de estas omisiones fue la falta de respuesta oportuna a la solicitud de IVE presentada por AA. De acuerdo con la sentencia T-585 de 2010, después de la sentencia C-355 de 2006, el derecho a acceder a los servicios de salud reproductiva incluye el acceso a los servicios de IVE de forma oportuna -en aquellos casos en que no es punible-. Como se explicó, del reconocimiento de este derecho se desprende para las E.P.S. una obligación de garantía consistente en desarrollar,

¹⁵⁴ Folios12-33, cuaderno principal.

en la órbita de sus competencias, todas las actividades necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE, y cumplan los requisitos de la sentencia C-355 de 2006, accedan al procedimiento en condiciones de oportunidad. Resulta evidente para la Sala que una de estas actividades es la respuesta oportuna a las peticiones de IVE, pues éste es el primer paso para acceder al servicio de forma igualmente oportuna.

En el asunto de la referencia, tal obligación de garantía fue desatendida por BB. En efecto, AA presentó la petición a la E.P.S. demandada el veinticinco (25) de abril de 2011¹⁵⁵ y hasta el momento de interposición de la presente acción de tutela -once (11) de mayo de dos mil once (2011)¹⁵⁶- habían transcurrido dieciséis días sin respuesta alguna. Según indica la misma la E.P.S. en su escrito de contestación¹⁵⁷, sólo se disponía a iniciar las actividades encaminadas a responder la solicitud el veinticuatro (24) de mayo de 2011 –casi un mes después- fecha en la cual un médico adscrito a la E.P.S. valoraría a la niña. Nótese además que, revisado el expediente, se comprueba que esta valoración ni siquiera se produjo por iniciativa de la E.P.S. como parte del trámite de la solicitud de IVE que se había presentado, sino como consecuencia de una solicitud de cita médica realizada por la accionante a raíz de un dolor de estómago sufrido por AA¹⁵⁸.

El término de casi un mes –que se tomó la E.P.S. demanda para iniciar apenas las acciones dirigidas a contestar la solicitud de AA- de ningún modo es razonable tratándose de una IVE, ya que con cada mes de gestación se hace más riesgoso y complejo su procedimiento de interrupción. Desde la expedición de la resolución 000495 de 2006 del Ministerio de Protección Social¹⁵⁹, se consideró que un plazo razonable para dar respuesta a la petición de IVE y llevarla a cabo –si ello es médicamente posible- son cinco días, término que es mucho menor a un mes e incluso más reducido que los quince (15) días estipulados en el artículo 6 del Código Contencioso Administrativo para dar respuesta al derecho de petición. La brevedad de este plazo responde precisamente a la urgencia de la realización del procedimiento en aras de minimizar su complejidad y riesgos.

La resolución mencionada estaba parcialmente fundada en el decreto 4444 de 2006 actualmente suspendido de forma provisional por la Sección Primera del Consejo de Estado el 15 de octubre de 2009¹⁶⁰, razón por la cual se puede cuestionar la posibilidad de su aplicación, al menos en este momento. Sin embargo, la Sala estima que su vigencia durante aproximadamente tres años sirvió para que todas las E.P.S. e I.P.S. advirtieran su obligación de responder las solicitudes y practicar las IVE en un corto tiempo. De modo tal que no puede la E.P.S. demandada argumentar que tomarse un mes para apenas iniciar las gestiones tendientes a contestar una petición de IVE es razonable y no constituye un incumplimiento de su obligación de garantizar el derecho fundamental a la IVE, pues desde 2006 sabía que es su deber dar respuesta a estas solicitudes en un breve lapso.

36.- La segunda de las conductas violatorias del derecho fundamental a la IVE de AA por parte de la E.P.S. demandada fue exigirle un requisito adicional al determinado en la sentencia C-355 de 2006 para proceder a la misma. En la sentencia T-585 de 2010 esta Sala resaltó que el reconocimiento de la IVE –en los casos despenalizados- como derecho fundamental de tipo reproductivo hizo surgir para las E.P.S. una obligación de respeto, que implica abstenerse de imponer obstáculos ilegítimos a la práctica de la IVE, tales como exigir requisitos adicionales a los

¹⁵⁵ Folio 6, cuaderno 1.

¹⁵⁶ Folio 31, cuaderno 1.

¹⁵⁷ Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁵⁸ Folio 30, cuaderno 1.

¹⁵⁹ Ver artículo 5.

¹⁶⁰ Expediente 2008-00256-00.

descritos en la sentencia C-355 de 2006. En otras palabras, los únicos requisitos que se pueden exigir para proceder a una IVE son aquellos determinados en esta sentencia de constitucionalidad. Como se explicó, lo anterior es producto de una sólida línea jurisprudencial que parte de la misma sentencia C-355 de 2006 y que ha sido reiterada unánimemente por diferentes salas de revisión de esta Corte en las sentencias T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008 y T-388 de 2009.

Revisado el texto de la sentencia C-355 de 2006, en la hipótesis de peligro para la salud física o mental de la mujer gestante –como es el caso de AA- el *único* requisito que se puede exigir es *un certificado médico*. Este fue cumplido más que satisfactoriamente en el asunto de la referencia: las pruebas demuestran que, a la solicitud de IVE que se hizo el veinticinco (25) de abril de 2011, se adjuntaron no sólo uno sino dos certificados médicos que comprobaban que el embarazo representaba un peligro para la salud mental y física de AA, los cuales fueron expedidos respectivamente por un psiquiatra y una gineco-obstetra¹⁶¹. Contrario a lo manifestado por la Personería de QQ¹⁶², la Sala estima que cualquiera de las dos certificaciones médicas hubiera bastado para autorizar inmediatamente la IVE ya que ambas fueron expedidas por profesionales de la salud quienes, con base en su conocimiento científico y tras una valoración de la paciente, concluyeron que su salud física y mental estaban amenazadas por el embarazo, que es precisamente lo que exige la sentencia C-355 de 2006. Una entidad pública no está en posición de descalificar el concepto de un profesional de la salud pues carece de los conocimientos médicos para ello.

La exigencia que le hizo la E.P.S. BB a la niña según la cual las certificaciones médicas debían venir acompañadas de la historia clínica la paciente¹⁶³, excede el requisito del certificado médico expresado en la sentencia C-355 de 2006. Si se consideraba necesario contar con tal documento para proceder a la intervención, la E.P.S. ha debido solicitarlo inmediatamente, más no negar ni dilatar el acceso al servicio por su ausencia.

Lo antedicho demuestra que la demandada en efecto vulneró el derecho fundamental a la IVE de AA (i) al no garantizarlo mediante una respuesta oportuna a su solicitud de IVE y (ii) al incumplir su obligación de respetarlo ya que obstaculizó su ejercicio mediante la exigencia un requisito que excedía el que fue fijado en la sentencia C-355 de 2006.

37.- Ahora bien, si la E.P.S. demandada estimaba que los certificados médicos anexados a la solicitud de IVE debían ser refrendados por sus profesionales de la salud, como lo sugiere en el escrito de contestación¹⁶⁴ -argumento que fue avalado por el juez de instancia¹⁶⁵-, ha debido proceder inmediatamente de la forma determinada por la jurisprudencia constitucional, en vez de dilatar y negar el servicio de IVE.

Aproximadamente desde 2007¹⁶⁶, esta Corte ha indicado que, cuando el paciente ha recurrido a un médico externo, la E.P.S. no puede simplemente negar el servicio ordenado por el mismo, sino que debe proceder a refrendar o refutar científicamente la prescripción con base en la condición médica particular del paciente, en ausencia de lo cual el juez de tutela puede hacer cumplir las prescripciones médicas dadas por el médico particular¹⁶⁷. En la contestación de la tutela, la propia

¹⁶¹ Folios 6 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁶² Folio 118 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁶³ Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁶⁴ Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁶⁵ Folio 141, cuaderno principal.

¹⁶⁶ Ver la sentencia T-1080 de 2007.

¹⁶⁷ Sentencias T-452 de 2010, T-717 de 2009, T-050 de 2009, T-055 de 2009, T-760 de 2008, T-881 de 2008, T-398 de 2008, T-570 de 2008, T-151 de 2008, T-324 de 2008, T-324 de 2008 y T-1080 de 2007, entre otras.

E.P.S. demandada acepta que negó la práctica de la IVE en razón a que los certificados médicos adjuntos a la petición de IVE no estaban suscritos por sus profesionales de salud¹⁶⁸, sin ofrecer prueba de que previamente los había refutado científicamente con base en la condición médica particular de la gestante, lo que autorizaba al juez de instancia a dar plena validez a tales certificaciones, según la línea jurisprudencia reseñada.

En el escrito allegado al despacho del Magistrado Ponente durante el trámite de revisión, la abogada de la peticionaria informa que, después de negado de amparo, se realizó una *“junta médica materno fetal”* y, más o menos un mes y tres semanas después de la petición inicial¹⁶⁹, la E.P.S. demandada les comunicó telefónicamente que *“los médicos habían decidido no realizar la IVE, pues consideraban que la vida de AA no se encontraba en grave peligro”*¹⁷⁰. Aún si estas afirmaciones son tomadas por ciertas -la abogada de la peticionaria no adjunta ningún soporte documental a su escrito¹⁷¹-, no soslayan la conclusión anterior según la cual el juez ha debido ordenar la IVE con base en los certificados médicos de los profesionales externos, no sólo porque estos hechos ocurrieron con posterioridad a la decisión judicial, sino porque la actividad de la E.P.S. fue sumamente tardía -se tomó más de un mes-. Se recuerda además que no se trataba de determinar si la vida de AA estaba en grave peligro sino de verificar que estaba afectada su salud física o mental.

Aclara entonces la Sala que la línea jurisprudencial sobre las prescripciones de los médicos externos, aplicada a la IVE, significa que la E.P.S., I.P.S. o profesional de la salud adscrito a quien se le solicita su práctica con base en una certificación médica de un profesional de la salud externo debe proceder, si lo considera necesario desde el punto de vista médico, a refrendarla o refutarla científicamente a través de sus profesionales de la salud con base en la condición médica particular de la gestante, pero tal trámite debe darse en todo caso dentro de los cinco días que constituyen el plazo razonable para contestar la solicitud de IVE y proceder a la misma¹⁷².

Ello por la imperiosa necesidad de realizar prontamente la IVE con el objetivo de que la intervención sea lo más sencilla posible y la mujer que se someta a ella corra también el menor riesgo posible. Permitir un debate científico y médico que se extienda más allá de este término dilataría la realización de una intervención médica que se hace más compleja y riesgosa entre más avanza la gestación y podría llegar a frustrar la posibilidad de realizar la IVE si el nacimiento se produce. Así las cosas, si el juez de tutela verifica que existe certificado médico de un profesional de la salud no adscrito, que no ha sido refutado científicamente en los cinco días siguientes a la solicitud de IVE, por la E.P.S., I.P.S. o un profesional de la salud adscrito, con base en la condición médica particular de la gestante, debe proceder a ordenarla con base en el concepto del primero.

38.- En el escrito allegado al despacho del Magistrado Ponente durante el trámite de revisión¹⁷³, la abogada de la peticionaria también informa ciertos hechos que ocurrieron con posterioridad a la presentación de la acción de la tutela y que, de ser ciertos, podrían estimarse como conductas violatorias del derecho fundamental a la IVE: (i) la exigencia de realizar una *“junta materno fetal”*, así como (ii) la sugerencia de que *“lo mejor era exponer ante la comisaría de familia (...) el caso como una violación, para que los médicos actuaran de inmediato”* y (iii) la conducta de una de las psicólogas adscritas a las E.P.S. que se negó a entregar un reporte escrito de la valoración que le realizó a la niña AA.

¹⁶⁸ Folios 125 y siguientes, cuaderno 1.

¹⁶⁹ Aproximadamente el dieciséis (16) de junio de 2011.

¹⁷⁰ Folios 12-33, cuaderno principal.

¹⁷¹ .

¹⁷² Esto último en caso de que sea médicamente viable.

¹⁷³ Folios 12-33, cuaderno principal.

Aunque los anteriores hechos no se pueden estimar probados porque no se soportan en ninguna prueba y la demandada no tuvo oportunidad de defenderse frente a los mismos, merecen al menos un breve pronunciamiento por parte de la Sala, con el objetivo de que sean objeto de comprobación en el marco de una futura investigación administrativa que será ordenada en la parte resolutive de la sentencia.

Sobre (i), se reitera que, como se indicó en la sentencia T-388 de 2009, dentro de las barreras inadmisibles a la IVE se encuentra la realización de juntas médicas que ocasionan tiempos de espera injustificados.

En lo relativo a (ii), es importante recalcar que la sentencia C-355 de 2006 dejó claro que cada una de las hipótesis despenalizadas *“tiene carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable”* o viceversa. Por ello, la sugerencia de acudir a la hipótesis de la violación resultaba totalmente innecesaria pues, como se vio, la causal de peligro para la salud se encontraba plenamente demostrada de acuerdo con lo exigido por la sentencia C-355 de 2006.

En lo que respecta a (iii), se explicó que la faceta de diagnóstico del derecho a la IVE faculta a las mujeres gestantes a exigir, entre otras cosas, la expedición oportuna del certificado médico para proceder a la IVE, el cual debe responder a los resultados de la valoración médica realizada, lo que significa que una E.P.S., I.P.S. o un profesional de la salud no puede negar o dilatar la emisión del certificado médico una vez hecha la valoración o expedir uno que no corresponda con el diagnóstico efectuado.

39.- Es imperativo pronunciarse también sobre la decisión de instancia. En opinión de la Sala ninguno de los dos argumentos usados en esta justificaba la negativa del amparo.

Se explicó por qué era procedente ordenar la IVE con fundamento en los certificados médicos de los profesionales no adscritos a la E.P.S., pero resta analizar el argumento según el cual el hecho de que el embarazo de AA estuviera avanzado significaba que la IVE no pudiera ordenarse – argumento que parece ser compartido por la E.P.S. y sus médicos, según el escrito de tutela¹⁷⁴ y la afirmación de la abogada de la actora en el escrito allegado en el trámite de revisión¹⁷⁵-. En concreto, en la sentencia de instancia se señaló que *“(…) según las pruebas aportadas al plenario, se advierte que la interrupción terapéutica del embarazo puede realizarse sin riesgo para la vida de la madre y el feto en las primeras 8 semanas de gestación y a la fecha la menor AA cuenta aproximadamente con 21 semanas de gestación, situación que sin duda pondría en peligro la vida de la menor y del feto”*¹⁷⁶.

Al respecto, lo primero que hay que señalar es que no es cierto que las pruebas del expediente demostraran que la IVE sólo se pudiera realizar sin riesgo para la vida de la madre en las primeras ocho semanas de gestación. La verdad es que no obra en el expediente ningún concepto médico que así lo indique y el juez no goza de los conocimientos técnicos necesarios para certificarlo, lo que de entrada descalifica la validez de esta consideración. En similar sentido, en la sentencia T-946 de 2008 se expresó, ante el mismo argumento, que no era competencia del juez de instancia determinar la oportunidad para realizar la IVE. En segundo lugar, ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos

¹⁷⁴ Folio 25, cuaderno principal.

¹⁷⁵ Folios 12-33, cuaderno principal.

¹⁷⁶ Folio 141, cuaderno principal.

despenalizados, lo que no permite que el juez –u otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud- establezca una regla general que la impida después de cierto tiempo de gestación, como lo sugirió el juez de instancia. Por lo anterior, la segunda de las razones ofrecida por el mismo tampoco justificaba la negativa del amparo.

La sentencia C-355 de 2006 constituye el contenido mínimo del derecho fundamental a la IVE, el cual puede ser ampliado por el legislador. Recuérdese que en esta decisión la Sala Plena indicó que *“se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal”*. Así mismo, las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la IVE pueden ser desarrolladas por el legislador, siempre y cuando se respete y garantice el contenido mínimo del derecho que fue reconocido por esta Corte. En este sentido, el legislador podría, por ejemplo, establecer un periodo de tiempo en el cual la sola voluntad de la mujer baste para acceder a la IVE o fijar un límite máximo razonable para la utilización de las causales hasta ahora despenalizadas, lo cual hasta el momento no ha ocurrido.

En ausencia de una norma legal que establezca una restricción de carácter temporal para la IVE en las hipótesis despenalizadas, esta Sala debe garantizar el mínimo reconocido en la sentencia C-355 de 2006 pues en esta se dejó claro que la falta de desarrollo legal no podía implicar la negación del derecho a la IVE. Con ello en mente, la Sala estima que la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento –que ni siquiera era el caso de AA, quien tenía menos de cinco meses de embarazo al momento de la interposición de la tutela¹⁷⁷- debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de (i) la causal de que se trate, (ii) de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, (iii) del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios.

Una vez hecho este pronunciamiento de fondo, la Sala estima procedente tomar las siguientes medidas en relación con la reparación del daño, las posibles responsabilidades que se derivan de la violación del derecho fundamental a la IVE de AA y la prevención de futuras vulneraciones similares.

40.- Frente a lo primero, como se ha hecho en otras ocasiones¹⁷⁸, ante la verificación del daño consumado y de la violación de los derechos fundamentales de AA, se condenará en abstracto a BB E.P.S. a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a la menor por la negativa ilegítima de la IVE, de conformidad con el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. Los perjuicios deberán ser reparados en su integridad, para lo cual se deberá tener en cuenta, especialmente, la condición de menor de edad de AA y el daño ocasionado a su salud mental y a su proyecto de vida como consecuencia de la negación del acceso a la IVE, a la cual tenía derecho¹⁷⁹.

La liquidación de los perjuicios se hará por el juez administrativo de QQ –reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para

¹⁷⁷ Folio 31, cuaderno 1.

¹⁷⁸ Sentencias T-209 de 2008 y T-946 de 2008.

¹⁷⁹ Similares criterios se utilizaron en la sentencia T-209 de 2008.

lo cual la Secretaría General de esta Corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva.

Como parte de esa reparación –lo cual deberá ser tenido en cuenta por el juez a quien le corresponda liquidar los perjuicios-, y con el fin de proteger inmediatamente el derecho fundamental a la salud de AA, se ordenará a la demandada prestarle todos los servicios médicos que requiera a causa del nacimiento que se produjo, en lo que se refiere a su salud física pero especialmente en lo tocante con su salud mental. Al ser estos servicios parte de la reparación, no estarán limitados a los servicios incluidos en el POS sino a todos los necesarios de acuerdo con el criterio médico.

Así también, en vista de que el hijo de AA no puede ser incluido, sin costo adicional, como beneficiario de la peticionaria en el régimen contributivo de salud, y la afiliación al régimen subsidiado puede demorarse, la E.P.S. deberá prestarle atención en salud, mientras no pueda ser incluido en alguno de estos dos regímenes, para lo cual la peticionaria deberá adelantar las gestiones necesarias en caso de no haberlo hecho hasta el momento.

Adicionalmente, se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Secretaría de Salud de QQ y a la Secretaría de RR de QQ que, si AA lo desea, se le incluya en todos los programas dirigidos a madres adolescentes que estén disponibles y sean aplicables a su situación. Lo anterior porque no escapa a la Sala que la situación de la niña AA no es aislada sino que se inscribe en la problemática general sobre el alto número de embarazos adolescentes que se presentan en el país, la cual tiene consecuencias negativas indudables en el goce de los derechos fundamentales de las niñas que se convierten en madres y frente a la cual el Estado no puede permanecer inactivo.

41.- En relación con lo segundo -las posibles responsabilidades que se derivan de la violación del derecho fundamental a la IVE de AA- se compulsarán copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso BB E.P.S., lo que deberá incluir la corroboración de los hechos referidos en el párrafo 38 de la parte motiva de la presente sentencia.

42.- En lo relativo a lo tercero -la prevención de futuras vulneraciones similares a la sufrida por AA- se prevendrá a BB E.P.S para que en adelante responda oportunamente a las solicitudes de IVE y se abstenga de exigir requisitos adicionales a los fijados en la sentencia C-355 de 2006.

Así mismo, como se ha hecho en otras ocasiones¹⁸⁰, se ordenará a la Superintendencia Nacional de Salud que, por los medios que considere efectivos y adecuados, informe a las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud que:

(i) Deben responder de forma oportuna las solicitudes de IVE y que un término razonable para ello y para realizar su práctica –de ser médicamente posible- es de cinco (5) días.

(ii) La E.P.S a quien se le solicita la práctica de la IVE con base en una certificación médica de un profesional externo debe proceder, si lo considera necesario desde el punto de vista médico, a refrendarla o refutarla científicamente a través de sus profesionales de la salud, con base en la condición médica particular de la gestante, pero tal trámite debe darse en todo caso dentro de los cinco días que constituyen el plazo razonable para contestar la solicitud de IVE y proceder a la

¹⁸⁰ Sentencias T-209 de 2008, T-388 de 2009 y T-585 de 2010.

misma. De superarse este término se debe proceder a la IVE con base en el concepto del médico externo.

(iii) Ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, por lo que no hay una regla general que impida la IVE después de cierto tiempo de gestación. Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios.

Aquí es necesario precisar que, el hecho de que la Superintendencia Nacional de Salud no haya sido vinculada al asunto de la referencia, no obsta para darle las ordenes antedichas pues ello se hace, no en calidad de parte como consecuencia de considerarla responsable por violación de derechos fundamentales, sino en virtud del cumplimiento de sus funciones legales y reglamentarias.

43.- Finalmente, para proteger la identidad de AA, se ordenará a la Secretaría General de esta Corte y al juez de instancia, limitar el acceso al expediente a las partes del presente proceso y guardar estricta reserva sobre su identidad. También se dará esta última orden a todos los particulares y entidades públicas vinculadas al asunto de la referencia.

Con miras al futuro incidente de liquidación de los perjuicios ocasionados a AA, se ordenará al juez que le corresponda conocer del mismo reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, así como restringir el acceso al expediente a las partes del proceso, a quienes debe ordenar guardar la misma reserva.

La desobediencia de estas órdenes estará sujeta a las sanciones legales correspondientes.

Como se anunció, con el objetivo de asegurar que la obligación de reservar la identidad de las mujeres que interponen acción de tutela para exigir su derecho fundamental a la IVE en adelante sea conocida y cumplida por todos los jueces de tutela, se ordenará a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, por los medios que estime más eficientes y adecuados, informe a todos los jueces de la República lo siguiente:

(i) Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió.

(ii) Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva.

La misma aclaración hecha respecto de la Superintendencia Nacional de Salud –en el sentido de no ser necesaria su vinculación al presente proceso- resulta válida para la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado PP que decidió negar el amparo de los derechos fundamentales de la actora, para en su lugar declarar la carencia actual de objeto por daño consumado en razón de la frustración del acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, en la acción de tutela instaurada por Balder, en representación de su hija menor de edad AA, en contra de BB E.P.S.

Segundo.- CONDENAR en abstracto a BB E.P.S. a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a AA por la negativa ilegítima de la interrupción voluntaria del embarazo, de conformidad con el artículo 25 del decreto 2591 de 1991. Los perjuicios deberán ser reparados en su integridad, para lo cual se deberá tener en cuenta, especialmente, la condición de menor de edad de AA y el daño ocasionado a su salud mental y a su proyecto de vida como consecuencia de la negación ilegítima del acceso a la IVE, a la cual tenía derecho.

La liquidación de los perjuicios se hará por el juez administrativo de QQ –reparto-, por el trámite incidental, el que deberá iniciarse dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva y deberá ser decidido en el término de los seis (6) meses siguientes, para lo cual la Secretaría General de esta Corporación remitirá inmediatamente copias de toda la actuación surtida en esta tutela a la Oficina Judicial respectiva.

Tercero.- ORDENAR a BB E.P.S. que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, como parte de la reparación ordenada en el numeral anterior, comience a prestarle a AA todos los servicios médicos que requiera a causa del nacimiento que se produjo, en lo que se refiere a su salud física pero especialmente en lo tocante con su salud mental. Al ser estos servicios parte de la reparación, no estarán limitados a los servicios incluidos en el POS sino a todos los necesarios de acuerdo con el criterio médico.

Así también la E.P.S. deberá prestar atención en salud al hijo de AA, mientras no pueda ser incluido en el régimen contributivo o subsidiado de salud, para lo cual la peticionaria deberá adelantar las gestiones necesarias en caso de no haberlo hecho hasta el momento.

Cuarto.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Secretaría de Salud de QQ y a la Secretaría de RR de QQ que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, inicien los trámites para que, si AA lo desea, se le incluya en todos los programas dirigidos a madres adolescentes que estén disponibles y sean aplicables a su situación.

Quinto.- COMPULSAR copias del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud para que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, en ejercicio de sus competencias, investigue y si es del caso sancione, las posibles faltas en que se pudo incurrir en este caso BB E.P.S., lo que deberá incluir la corroboración de los hechos referidos en el párrafo 38 de la parte motiva de la presente sentencia.

Sexto.- PREVENIR a BB E.P.S para que en adelante responda oportunamente a las solicitudes de IVE y se abstenga de exigir requisitos adicionales a los fijados en la sentencia C-355 de 2006.

Séptimo.- ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, por los medios que considere efectivos y adecuados, inicie acciones tendientes a informar a las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud que:

(i) Deben responder de forma oportuna las solicitudes de IVE y que un término razonable para ello, y para realizar su práctica –de ser médicamente posible- es de cinco (5) días.

(ii) La E.P.S a quien se le solicita la práctica de la IVE con base en una certificación médica de un profesional externo debe proceder, si lo considera necesario desde el punto de vista médico, a refrendarla o refutarla científicamente a través de sus profesionales de la salud, , con base en la condición médica particular de la gestante, pero tal trámite debe darse en todo caso dentro de los cinco días que constituyen el plazo razonable para contestar la solicitud de IVE y proceder a la misma. De superarse este término se debe proceder a la IVE con base en el concepto del médico externo.

(iii) Ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, por lo que no hay una regla general que impida la IVE después de cierto tiempo de gestación. Esta regla general tampoco puede ser establecida por los jueces ni por ninguna otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud. Así, la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios.

Octavo.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corte y al juez de instancia limitar el acceso al expediente a las partes del presente proceso y guardar estricta reserva sobre la identidad de AA, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Noveno.- ORDENAR a BB E.P.S., a la I.P.S. CC, a la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, a la Secretaría de Salud de QQ, a la Personería de QQ, a la Secretaría de RR de QQ, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Superintendencia Nacional de Salud guardar estricta reserva sobre la identidad de AA, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Décimo.- ORDENAR al juez que le corresponda conocer del incidente de liquidación de perjuicios, ordenado en el numeral segundo de la presente sentencia, reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, así como restringir el acceso al expediente a las partes del proceso, a quienes debe ordenar guardar la misma reserva, so pena de las sanciones legales que correspondan por el desacato a esta orden judicial.

Undécimo.- ORDENAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de la presente sentencia, por los medios que estime más eficientes y adecuados, inicie actividades tendientes a informar a todos los jueces de la República lo siguiente:

(i) Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió.

(ii) Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva.

Décimo SEGUNDO.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente con excusa

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

COLOMBIA- Sentencia 3

Sentencia T-740/11

Referencia: expediente T-2.438.462

Acción de tutela instaurada por María Isabel Ortiz contra Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII.

Magistrado Ponente:
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C. tres (3) de octubre de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, María Victoria Calle Correa, Luís Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia), en la acción de tutela instaurada por María Isabel Ortiz contra Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII.

I. ANTECEDENTES

El pasado ocho (8) de agosto de dos mil nueve (2009) la ciudadana María Isabel Ortiz interpuso acción de tutela ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) solicitando el amparo de sus derechos fundamentales al acceso a los servicios públicos, a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la igualdad, los cuales fueron, en su opinión, han sido vulnerados por la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- La señora María Isabel Ortiz adeuda a la Junta Administradora del acueducto JUAN XXIII la suma de \$521.719,00; por este motivo le fue suspendido el suministro agua desde enero de 2009. (folios 1 y 24, cuaderno 2)

2. A raíz de la interrupción del servicio, la peticionaria, en aras de satisfacer sus necesidades de saneamiento básico y alimentación, ha utilizado el agua de un “charco” que queda a 20 minutos de su casa. (folio 1, cuaderno 2)

3.- La accionante, de 54 años de edad, pertenece al SISBEN 1, y padece de una enfermedad que le impide trabajar (folio 1 y 3, cuaderno 2)

4.- La actora es madre cabeza de familia y tiene a su cargo a Anderson Ortiz y Juan Esteban Ortiz, de 10 y 15 años de edad respectivamente (folio 3 y 4, cuaderno 2).

Solicitud de Tutela

5.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana María Isabel Ortiz solicitó la protección de sus derechos fundamentales al acceso a los servicios públicos, a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la igualdad que considera vulnerados por la demandada al negarse a prestarle el servicio de acueducto. En consecuencia, pide que se restablezca el mencionado servicio público (folio 2, cuaderno 2).

Respuesta de la entidad demandada

6.- La parte accionada por medio de escrito del 11 de septiembre de 2009, respondió la acción de tutela de la referencia y solicitó denegar el recurso de amparo (folio 17, cuaderno 2).

7.-Indicó que la suspensión del servicio se debe al incumplimiento por parte de la demandante del artículo 140 de la ley 142 de 1994 y de la cláusula 13 del contrato de condiciones uniformes, el cual establece es causal de suspensión: *"No pagar antes de la fecha señalada en la factura, para la suspensión del servicio, sin que ésta exceda en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que esta sea bimestral y de tres períodos cuando ésta sea mensual, salvo que medie reclamación o recurso interpuesto, del artículo 140 de la ley 142 de 1994"*. (folio 17, cuaderno 2)

8.- También señaló que la accionante, debido a su situación socioeconómica es acreedora de un subsidio del 70% sobre el valor de la factura mensual, obligación que está siendo asumida directamente por la entidad prestadora del servicio de acueducto sin recibir ningún reconocimiento del ente municipal, departamental o nacional. (Folio 17, cuaderno 2)

9.- Por último, manifestó que unilateralmente ha fraccionado la deuda en cuotas mínimas, con el objetivo de brindarle facilidades de pago a la peticionaria de la obligación insoluta. (Folio 17, cuaderno 2)

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de única instancia

10.- El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) denegó el amparo solicitado pues consideró que la acción de tutela no debe ser utilizada como un instrumento para evadir las obligaciones contractuales derivadas de la prestación del servicio público de acueducto. (Folio 49, cuaderno 2).

Trámite de revisión.

11.- El magistrado sustanciador, por medio de auto del 8 de marzo de 2010, ordenó comisionar al Personero del Municipio De Guarne (Antioquia) para que interrogara a la accionante sobre: (i) cuál es el origen de sus ingresos económicos; (ii) cuál es el monto al que ascienden actualmente estos ingresos; (iii) si algún miembro de su familia percibe un ingreso y contribuye con el al sostenimiento económico del núcleo familiar; (iv) cuáles son sus obligaciones económicas personales y familiares; y si (v) padece de alguna enfermedad que le impida trabajar.

12.- El día 18 de marzo de 2010, la peticionaria absolvió el interrogatorio e indico: en primer lugar, que en ella esta radicado el sostenimiento del hogar y que el único ingreso con el que cuenta para solventar todas sus obligaciones son treinta mil pesos (\$30.000) que le hacia entrega Familias en Acción. Sin embargo debido a que su hijo no se encuentra estudiando ya no cuenta con estos recursos.

En segundo lugar, sostuvo que sus ingresos no le alcanzan para sufragar todas sus deudas, pues solo en el servicio de agua y alcantarillado y energía eléctrica debe pagar alrededor de treinta y dos mil pesos (\$32.000), suma que supera los ingresos percibidos. Además de lo anterior señaló que pertenece al SISBEN 1.

13.- En el mismo auto, se solicitó a la Junta Administradora del Acueducto JUANXXIII que, informara de manera detallada y justificada sobre (i) La naturaleza jurídica de la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII (ii) Cuántos usuarios hacen parte del acueducto veredal JUAN XXIII (iii) Cuántos de estos usuarios son beneficiarios de algún subsidio por parte de la Junta Administradora del Acueducto y en que monto, especificar de manera detallada; (iv) Cuántos de estos usuarios se encuentran en mora con sus obligaciones contractuales; (v) ¿Cuántos de estos usuarios se encuentran en situación de no pago?; (vi) La situación económica de la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII, refiera específicamente si ésta actualmente registra un superávit o déficit de caja; (vii) El funcionamiento de cada uno de los subsidios del otorgados a los usuarios del Acueducto JUAN XXIII, haciendo especial referencia al ofrecido a la actora; (viii) El origen de los recursos que se destinan al financiamiento de los subsidios.

14.- La referida entidad prestadora del servicio público de acueducto manifestó que *“cuenta actualmente 1061 suscriptores con un promedio de 5 usuarios por cada uno, para un total de 5300 usuarios aproximadamente”* de los cuales sólo *“104 suscriptores tienen cuentas vencidas”*

Aunado a lo anterior, indicó que *“no se ha recibido ningún subsidio de entes gubernamentales, dados los atrasos para que el Estado a nivel local adecue los estratos y transfiera los subsidios con base a lo definido por la ley a partir de la Constitución de los Fondos de solidaridad e ingresos [Sic]”*

15.- Finalmente se instó al Municipio de Guarne (Antioquia) para que, informara de manera detallada y justificada si (i) éste transfiera algún tipo de recursos para subsidiar el servicio de acueducto al municipio de Guarne (Antioquia); (ii) Cuál es distribución de éstos para zona rural y para zona urbana; (iii) Cuál es el monto de estos; (iv); Cuánto de éstos se destinan específicamente a la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII; (v) El municipio concede subsidios directamente a los usuarios de servicios públicos, si es así cuál es el porcentaje dependiendo del estrato.

A pesar de ser notificado del auto en cuestión, esta entidad no se pronunció sobre el amparo que se tramitaba ante esta Corporación.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1.- Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII vulneró los derechos fundamentales al acceso a los servicios públicos, a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la igualdad de la señora María Isabel Ortiz y su núcleo familiar al negarse a prestarle el servicio de acueducto, debido al incumplimiento en los pagos del mencionado servicio público.

A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) concepto y Fundamento del derecho fundamental al agua; (ii) reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Internacional; (iii) reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Comparado; (iv) contenido del derecho fundamental al agua y obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua de conformidad con el bloque de constitucionalidad; (v)

reconocimiento del derecho fundamental al agua en la Jurisprudencia Constitucional y luego (vi) se referirá al estudio del caso concreto.

3. Concepto y Fundamento del derecho fundamental al agua.

El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

El Título VII del Capítulo V de la Constitución, denominado “de la finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos” enmarca el régimen constitucional de los servicios públicos. En éste se establece una vinculación esencial entre el Estado social de derecho y la prestación de los servicios públicos, así en el artículo 365 se indica:

“Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”. (Negrillas fuera del texto)

Siguiendo esta línea y respecto del servicio de agua, el artículo 366, señala:

“El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.” (Negrillas fuera del texto)

El servicio de agua potable es de “aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”¹⁸¹, por lo que hace parte de la los denominados servicios públicos domiciliarios, especie dentro del genero servicio públicos.

Respecto de estos, el artículo 367 de la Carta Política se ocupa de la siguiente manera:

La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

¹⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia T 578 de 1992.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

En desarrollo de estos preceptos constitucionales el legislador expidió la Ley 142 de 1994, la cual se aplica, de acuerdo con el artículo 1 de la misma a los servicios públicos domiciliarios de **acueducto**, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural. Por lo que su funcionamiento debe circunscribirse a esta.

Aunado a lo anterior, el artículo 4 de la mencionada ley establece que cada uno de los servicios señalados en el artículo precedente son servicios públicos esenciales.

De otro lado, el agua se considera, también como un derecho fundamental y, se define, de acuerdo con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como “*el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico*”.¹⁸²

El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. Esta necesidad es universal, por cuanto todos y cada uno de los hombre y mujeres, independientemente de la raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, del lugar que se encuentre o la posición social que tenga, requiere de este recurso para su subsistencia; es inalterable, pues nunca se logrará hacerla desaparecer, ni tampoco reducirla mas allá de los topes biológicos y es objetiva, ya que no tiene que ver con la percepción subjetiva del mundo o está ligado a un concepto indeterminado preestablecido, sino que se instituye como condición ineludible para cada una de las personas que integran el conglomerado social, lo cual la erige como una necesidad normativa y por tanto se constituye el fundamento del derecho fundamental al agua.

Así lo ha reconocido esta Corporación en las sentencias T-578 de 1992, T- 140 de 1994 y T- 207 de 1995 en las que manifestó: “*el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas, salubridad pública o salud, es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela*”. En este mismo sentido, en otra oportunidad, señaló que: “*Así la falta de prestación [del servicio de acueducto] también está llamada a constituir una posible violación de derecho que tienen todas las personas a vivir una vida digna*”^{183 184} (negritas fuera del texto)

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho al agua se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues esta normatividad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, se erige como normas con rango constitucional o como *standards internacionales* que sirven como pautas de interpretación de los derechos que hacen parte del sistema jurídico colombiano.

4. Reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Internacional

Atendiendo que el agua es un elemento indispensable para cubrir las necesidades humanas básicas y que constituye una condición indispensable para alcanzar una vida digna, la sociedad internacional ha realizado sendos esfuerzos para lograr el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano.

¹⁸² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

¹⁸³ Corte Constitucional, Sentencia T 1104 de 2005.

¹⁸⁴ Corte Constitucional Sentencias T-539 de 1993, T-244 de 1994, T-523 de 1994, T-092 de 1995, T-379 de 1995, T-413 de 1995, T-410 de 2003, T-1104 de 2005, T-270 de 2007, T-022 de 2008, T-888 de 2008 y T- 381 de 2009.

Muestra de esto, es la multiplicidad de instrumentos internacionales que abordan el tema del derecho al agua, que forman el estándar internacional. Con el objetivo de mostrar el panorama actual, se hará un análisis de los documentos emanados del Sistema Universal e Interamericano de Protección Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

4.1 Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos

Con la entrada en vigor de la Carta San Francisco y la creación de la Organización de las Naciones Unidas se le otorgó carácter internacional a los derechos humanos, reconociendo así que no son un asunto exclusivo de los Estados sino que competen a la sociedad internacional.

La estructura de este sistema de protección consiste en dos tipos de mecanismos: (i) Los mecanismos creados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas o Carta de San Francisco o que hayan sido autorizados ya sea por la Asamblea General, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) o por la Comisión de Derechos Humanos y (ii) los mecanismos basados en tratados internacionales, como el Comité de Derechos Humanos – creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - formado bajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales (PIDESC), el Comité para la eliminación de la Discriminación Racial - Instituido por la Convención para Eliminar todas las Formas de Discriminación, entre otros.

(i) Los mecanismos creados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas

- La Resolución AG/ 10967 de la Asamblea General de Naciones Unidas adoptada, el 28 de julio de 2010, instó a los Estados y organizaciones internacionales para que proporcionaran los recursos financieros necesarios, mejoraran las capacidades y la transferencia de tecnología, especialmente en los países en desarrollo, e intensificaran los esfuerzos para proporcionar agua limpia y pura, potable, accesible y asequible y saneamiento para todos.

(ii) los mecanismos basados en tratados internacionales

- La Observación General No. 15 emitida por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órgano encargado de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), es uno de los más grandes avances en el reconocimiento del derecho al agua como derecho humano.

En ésta, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales reconoce que el derecho al agua no está expresamente consagrado en el PIDESC. Sin embargo, se encuentra implícito en el derecho a vida en condiciones adecuadas y en el derecho a la salud consagrados en el artículo 11¹⁸⁵ y 12¹⁸⁶ de mencionado Pacto, respectivamente.

¹⁸⁵ Artículo 11, PIDESC: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para:

a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales;

b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan”.

¹⁸⁶ Artículo 12, PIDESC: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

En efecto, el Comité sostuvo que el acceso al agua salubre es sin duda una de las garantías esenciales para asegurar el nivel de vida adecuado, en cuanto condición indispensable para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo, cocina, higiene personal e higiene doméstica.

Adicionalmente, se señala que el derecho al agua es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de otros derechos, verbigracia “*el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a la alimentación); para asegurar la higiene ambiental (derecho a la salud); para procurarse la vida (derecho al trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (derecho a participar en la vida cultural)*”¹⁸⁷

Aunado a lo anterior, se encuentra aquellos instrumentos internacionales como las declaraciones, resoluciones o planes de acción, que son adoptados en Conferencias Internacionales de las Naciones Unidas o que son elaborados por organismos que hacen parte de esta organización internacional como el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) o por los Relatores Espaciales, nombrados por la Comisión de Derechos Humanos. Que conforman, lo que se conoce como *Soft Law*.

(iii) Soft Law

- La Declaración de Mar del Plata, elaborada por la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua en 1977, es el primer llamamiento a los Estados para que realizaran evaluaciones nacionales de sus recursos hídricos y desarrollaran planes y políticas nacionales dirigidas a satisfacer las necesidades de agua potable de toda la población.

Aunado a lo anterior reconoció que todas las personas y pueblos tienen derecho a disponer de agua potable de calidad y en cantidad suficiente para satisfacer sus necesidades básicas. Así en su preámbulo se señala: “*todos los pueblos, cualquiera su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen **derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas***”. (Negritas fuera del texto)

- La Declaración de Dublín, aprobada durante la Conferencia Internacional sobre el Agua y Medio Ambiente de 1992 puso de presente la amenaza que suponen la escasez y el uso abusivo del “agua dulce” para el desarrollo sostenible, para la protección del medio ambiente y de los ecosistemas, para el desarrollo industrial, la seguridad alimentaria, la salud y el Bienestar humano.

Siguiendo este lineamiento y los postulados establecidos en la Declaración de Mar del Plata, consagró en el principio No. 4 que: “*es esencial reconocer ante todo el **derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible***”. (Negritas fuera del texto)

- La Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente de 1992, la cual se elaboró junto con el Plan de Acción Agenda 21, en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, constituyen uno de los principales instrumentos internacionales que regulan este tema.

En éste último instrumento internacional se resaltó la importancia del agua para la vida y la necesidad de su preservación, tanto así que se reservó un capítulo exclusivo para abordar esta problemática. El Capítulo 18 consagra como objetivo general velar porque se mantenga un suministro suficiente de agua de buena calidad para toda la población del planeta, y preservar

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

¹⁸⁷ Aniza García; *El Derecho Humano al Agua*; Editorial Trotta S.A.; Madrid; 2008. 177

al mismo tiempo las funciones hidrológicas, biológicas y químicas de los ecosistemas, adaptando las actividades humanas a los límites de la capacidad de la naturaleza y combatiendo los vectores de las enfermedades relacionadas con el agua.

Literalmente se señaló: “*El agua se necesita en todos los aspectos de la vida. El objetivo general es velar por que se mantenga su **suministro suficiente de agua de buena calidad para toda la población del planeta***”. Además el párrafo 18.47 dispuso: “*todos los pueblos, cualquiera que sea su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, **tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas***”. (Negrillas fuera del texto)

- El Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo de 1994, también hace una referencia explícita al derecho al agua en el Principio No. 2, el cual sostiene: “*los seres humanos [...] tienen el derecho a un adecuado estándar de vida para sí y sus familias, incluyendo alimentación, vestido, vivienda, **agua**, y saneamiento adecuados*”. (Negrillas fuera del texto)
- La Declaración del Milenio de Naciones Unidas señala expresamente que es necesario poner fin a la explotación insostenible de los recursos hídricos, formulando estrategias de ordenación de esos recursos en los planos regional, nacional y local, que promuevan un acceso equitativo y un abastecimiento adecuado.

Para tal fin, los Estados se comprometieron a cumplir, para el año 2015, varias metas, dentro de las que se encuentra una bastante concreta con relación con el acceso al agua potable: “*19. Decidimos, asimismo: Reducir a la mitad, para el año 2015, [...] el porcentaje de personas que carezcan de acceso de agua potable o que no puedan costearlo*”

- En el informe del año 2000, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) tuvo ocasión de pronunciarse sobre el derecho al agua. En particular intentó dar una definición concreta del acceso al agua potable y el acceso al saneamiento. Con respecto al primero de estos conceptos, indicó que “*se trataría de la proporción de la población que emplea alguno de los siguientes tipos de suministro de agua para beber: agua procedente de tuberías, fuentes públicas, bombas, pozos (protegidos o cubiertos) o fuentes protegidas*”¹⁸⁸. Así mismo, identificó el acceso al saneamiento con el porcentaje de población que utiliza adecuadas instalaciones sanitarias, como la conexión de desagües o sistemas de fosa séptica, letrinas de cisterna, letrinas de fosa simple o de fosa ventilada mejoradas, en todo caso, se considera que un sistema de eliminación de excrementos es adecuado si permite evitar eficazmente que las personas, los animales o los insectos entren en contacto de los excrementos.
- Adicionalmente, el PNUD en su informe del 2001 que “*por población que utiliza fuentes de agua potable, debe entenderse el porcentaje [de personas] que goza de un acceso razonable a un volumen adecuado de agua de beber de fuentes de agua potable; **el acceso razonable se define como una disponibilidad de al menos 20 litros por persona y día, procedentes de una fuente situada en un radio de un kilómetro de distancia desde la vivienda del usuario. Estas fuentes de agua potable pueden adoptar cualquiera de estas modalidades: conexiones domiciliarias, fuentes públicas, pozos perforados dotados de bombas manuales, pozos excavados protegidos, manantiales protegidos, y agua de lluvia recogida en cisterna (se excluyen los vendedores de agua, los camiones cisterna, los pozos y manantiales sin protección)***.”¹⁸⁹
- Sin duda, es el informe sobre Desarrollo Humano de 2003 el que tiene una mayor incidencia en el tema del agua y los avances para alcanzar los Objetivos del Milenio en esta materia. En éste el PNUD aclara que el hambre no se reduce a la falta de alimentos disponibles, sino que

¹⁸⁸ Aniza García; *El Derecho Humano al Agua*; Editorial Trotta S.A.; Madrid; 2008.157.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

es un problema de déficit del derecho al alimento y de privación de los servicios básicos, entre ellos, **el acceso al agua potable y al saneamiento adecuado** que no sólo son cruciales para supervivencia del ser humano, sino también para la conservación del medio ambiente, para la seguridad alimentaria y para el desarrollo sostenible.

- El Informe sobre la relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento¹⁹⁰ reconoció “*el derecho de cada mujer, hombre y niño a disponer de agua potable y saneamiento*”, por cuanto, el agua es un recurso vital para el ser humano.

Concretamente, indicó: “**el derecho a disponer de agua potable es el derecho que tiene cada persona a disponer de la cantidad de agua necesaria para satisfacer las necesidades fundamentales.** Este derecho se refiere al acceso que debe tener una familia a servicios de abastecimiento de agua potable y de saneamiento de aguas servidas administrado por organismos públicos o privados” (negrilla fuera del texto)

Adicionalmente, dicho informe sostuvo, que “*cualquier obstáculo al ejercicio del derecho a disponer de agua y saneamiento dificulta el ejercicio de todos los derechos económicos, sociales y culturales en su conjunto, y limita las posibilidades de participar en condiciones de igualdad del derecho al desarrollo y a un medio ambiente sano*”

- La Organización Mundial para la Salud (OMS) en su informe sobre *la cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud* señaló que la cantidad de agua mínima que una persona necesita para la satisfacción de las necesidades básicas es de 50 litros de agua al día.

4.2 Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

Aunque, ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, ni en el Protocolo Adicional a la Convención Americana o Protocolo de San Salvador, se hace mención expresa al derecho al agua, podría decirse, haciendo una interpretación sistemática de estos instrumentos, este se encuentra implícito en el artículo 4 de la Convención Americana, por cuanto el no acceso al agua impide la consecución de una existencia digna y en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, el cual establece: “*Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos*”, pues la prestación de agua es uno de los principales servicios públicos básicos.¹⁹¹

En las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de igual modo, sólo se han podido encontrar referencias indirectas al derecho al agua, vinculándolo con el derecho a la vida. En ese sentido los casos de mayor relevancia se refieren a dos comunidades indígenas paraguayas que fueron desplazadas de sus territorios ancestrales a tierras con menos recursos naturales para su subsistencia.

En el caso de Yakye Axa contra Paraguay de 2005, la Corte Interamericana después de reconocer que el derecho a la vida “*comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna*”¹⁹² señaló que la imposibilidad de acceder al agua limpia afecta el derecho a la Comunidad a una existencia digna y otros derechos como la educación y la identidad cultural.

¹⁹⁰ Informe elaborado por el Relator Espacial, nombrado por la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas

¹⁹¹ Elizabeth Salmón, Pedro Villanueva; *Los tímidos) aportes del derecho internacional a la construcción del derecho humano al agua*; Revista No. 45 Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH); San José de Costa Rica, 2006; pp. 261.

¹⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yakye Axa contra Paraguay.

*“Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y **el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos**, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran está directamente vinculado con la obtención de alimento y acceso al agua limpia”*¹⁹³ (negrillas fuera del texto)

En las reparaciones dispuestas por la Corte a favor de la Comunidad Yakye Axa, se indicó: *“En vista de lo anterior, el tribunal dispone que, mientras la comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia **el Estado deberá suministrar, de manera inmediata y periódica agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la comunidad**”*¹⁹⁴ (negrillas fuera del texto)

En el caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay de 2006, la Corte Interamericana vinculó una vez más el acceso al agua con el derecho a la vida. En sus consideraciones, este organismo judicial señaló: *“en el presente caso, junto con la carencia de tierra, la vida de los miembros de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya se caracteriza por [...] las precarias condiciones de sus vivienda y entorno, las limitaciones de acceso y uso de los servicios de salud y **agua potable**, así como la marginalización por causas económicas, geográficas y culturales”*¹⁹⁵ y posteriormente concluyó: *“por todo lo anterior, la Corte declara que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, por cuanto no ha adoptado las medidas positivas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones, que razonablemente eran de esperarse para prevenir o evitar el riesgo al derecho a la vida de los miembros de la Comunidad”*¹⁹⁶ (negrillas fuera del texto)

4.3 Derecho Internacional Humanitario

Las normas internacionales que regulan el respeto de los derechos humanos durante los conflictos armados también contemplan previsiones relacionadas con el derecho al agua.

El Convenio III de Ginebra, de 1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra contiene 3 artículos que abordan de manera explícita el derecho al agua:

Artículo 20: *“La Potencia detenedora proporcionará a los prisioneros de guerra evacuados **agua potable** y alimentos en cantidad suficiente así como ropa y la necesaria asistencia médica; tomará las oportunas precauciones para garantizar su seguridad durante la evacuación y hará, lo antes posible, la lista de los prisioneros evacuados.”*

Artículo 26: *“La Potencia detenedora proporcionará a los prisioneros de guerra que trabajen los necesarios suplementos de alimentación para realizar las faenas que se les asignen. Se suministrará a los prisioneros de guerra suficiente **agua potable**. Está autorizado el consumo de tabaco.”*

Artículo 29: *“Además, y sin perjuicio de los baños y de las duchas que debe haber en los campamentos, se proporcionará a los prisioneros de guerra **agua** y jabón en cantidad suficiente para el aseo corporal diario y para lavar la ropa; con esta finalidad dispondrán de las instalaciones, de las facilidades y del tiempo necesarios”.*

¹⁹³ *Ibidem*

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Sawhoyamaya contra Paraguay

¹⁹⁶ *Ibidem*

En el Convenio IV de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, se encuentra 3 disposiciones que aluden al derecho al agua de los civiles:

Artículo 85: *“Los internados dispondrán, día y noche, de instalaciones sanitarias que se avengan con las normas de la higiene y que estén en constante estado de limpieza. Se les proporcionará suficiente **agua** y jabón para el aseo diario y para lavar la ropa; a este respecto, dispondrán de las instalaciones y de las facilidades necesarias. Tendrán, además, instalaciones de duchas o de baños. Se les dará el tiempo necesario para el aseo personal y para los trabajos de limpieza”*

Artículo 89: *“Se les proporcionará suficiente agua potable.”*

Artículo 127: *“La Potencia detenedora proporcionará a los internados, durante el traslado, agua potable y alimentos en cantidad, calidad y variedad suficientes para mantenerlos en buen estado de salud, así como ropa, alojamiento conveniente y la asistencia médica necesaria. Tomará las oportunas medidas de precaución para garantizar su seguridad durante el traslado y hará, antes de su salida, la lista completa de los internados trasladados”.*

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la Protección de la Víctimas de Conflictos Armados Internacionales:

Artículo 127: *“Se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de **agua potable** y las obras de riego, con la intención deliberada de privar de esos bienes, por su valor como medios para asegurar la subsistencia, a la población civil o a la Parte adversa, sea cual fuere el motivo, ya sea para hacer padecer hambre a las personas civiles, para provocar su desplazamiento, o con cualquier otro propósito. Sin embargo, bajo ninguna circunstancia se permiten acciones militares “cuyo resultado previsible sea dejar tan desprovista de víveres o de agua a la población civil que ésta se vea reducida a padecer hambre u obligada a desplazarse.”*

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de víctimas de conflictos armados sin carácter internacional

Artículo 5: *“las personas a que se refiere el presente párrafo recibirán, en la misma medida que la población local, alimentos y **agua potable** y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado”*

Artículo 14: *“Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.”*

El hecho que, por definición, el DIH reconozca y proteja los derechos humanos en situaciones de conflicto armado y que, por otro lado, contenga disposiciones expresas relacionadas con circunstancias en la que asiste a las personas que no participan directamente en las hostilidades un derecho al agua, permiten concluir que el DIH reconoce un derecho humano al agua, si bien de manera indirecta y restringida, a cierta categoría particular del personas.

5. Reconocimiento del derecho fundamental al agua en el Derecho Comparado

En los últimos años, en el Derecho Comparado existen numerosos Estados que ya sea, por vía constitucional, legal o jurisprudencial han favorecido la protección del acceso al agua en términos de derecho fundamental, lo cual ha generado un amplio repertorio de normas de diferente vinculatoriedad que han precisado los contornos jurídicos del derecho al agua hasta dotarlo de un nivel de concreción equivalente al de otros derechos tradicionales.

A continuación se estudiarán de manera selectiva aquellos Estados, que a juicio de esta Corporación, se consideran más relevantes.

Bélgica

El Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional del Estado Federal de Bélgica en sentencia 036 de 1998 reconoció la existencia de un derecho al agua. Esta Corporación señaló que este derecho “*se deriva del artículo 23 de la Constitución y de capítulo 18 del Programa 21 aprobado en junio de 1992 en Río de Janeiro por la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*”

Francia

En el Estado Francés “*el derecho al agua no tiene como tal, rango de principio u objetivo de valor constitucional, sino que se considera que emana de las normas que pertenecen al bloque de constitucionalidad*¹⁹⁷ y de la jurisprudencia de Consejo Constitucional”¹⁹⁸

Este derecho, considera el Consejo Constitucional, que está vinculado indirectamente a dos normas constitucionales: el derecho a la vivienda digna y a la protección de la salud pública los cuales tienen rango constitucional en virtud de los párrafos 10 y 11 del preámbulo de la Constitución.

Italia

En sentencia No. 259 de 1996 la Corte Constitucional Italiana sostuvo que “*el agua es un bien primario en la vida del hombre, configurado como recurso para salvaguardar, caracterizado por ser un **derecho fundamental tendiente a mantener íntegro el patrimonio ambiental***”

Sudáfrica

La Constitución Política de la República de Sudáfrica, en el artículo 27, literal b consagra el derecho al agua como derecho constitucional., en los siguientes términos:

“27. Salud, alimento, agua y seguridad social (1) Todos gozan de derecho de tener acceso a:

(a) servicios de salud, incluso de salud reproductiva; y

(b) **suficiente alimento y agua; y**

(c) la seguridad social incluso, si no son capaces de auto abastecerse así mismo y sus dependientes, a la asistencia social apropiada.

(2) El estado debe tomar medidas legislativas y otras, dentro de los recursos disponibles, para lograr la realización progresiva de este derecho.

(3) A nadie se le puede negar la atención médica de emergencia” (Negrilla fuera del texto)¹⁹⁹.

¹⁹⁷ La expresión “*Bloque de Constitucionalidad*” en Francia es utilizada para designar el conjunto de normas y principios superiores con las que se cotejan las disposiciones que se someten a control de constitucionalidad al Consejo Constitucional. Este se encuentra conformado por: (i) El preámbulo de la Constitución; (ii) La Constitución Francesa de 1958; la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; (iii) El preámbulo de la Constitución de 1946 -iv República-; (iv) Los Principios Fundamentales reconocidos por la Leyes de la República; (v) La Carta de Medio Ambiente. Para más información ver, Laura Ospina Mejía; Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

¹⁹⁸ Traducción Propia. L'eau et son droit; Études et documents du Conseil d'État, Paris; 2010.

Como desarrollo de la referida disposición constitucional el Estado sudafricano ha promulgado un sin número de leyes para la protección de este derecho, dentro de estas se encuentran la *National Water Act 36 of 1998*, *Water Services Act 108 of 1997*, *Norms and standards in Respecto f tariffs of Water Services 20 July 2001*, entre otras.

De especial importancia es la *Water Services Act 108 of 1997*, pues en la sección 3²⁰⁰ se establece que “*todo individuo tiene derecho a acceder a servicios de agua y saneamiento básicos*” y que “*toda institución que gestione los servicios de agua debe adoptar medidas razonables para la realización de estos derechos*”. La sección 4.3 estipula que los procedimientos para la suspensión de los servicios de agua deben: (i) “*ser justos y equitativos*”; (ii) “*comunicar debidamente que tales acciones se van a llevar a cabo, brindándole al afectado la posibilidad de interponer un recurso*”; y (iii) “*evitar que a un individuo se le niegue el acceso a los servicios de agua básicos por impago, siempre que pueda demostrar con la conformidad de la autoridad que los gestiona, que es incapaz de hacerse cargo del pago de dichos servicios básicos*”²⁰¹.

¹⁹⁹ Traducción propia. “27. Health food, water and social security (1) All shall enjoy the right to have access to: (A) health, including reproductive health and (B) sufficient food and water, and (C) social security even if they are unable to auto supplies themselves and their dependents, appropriate social assistance. (2) the state must take legislative and other measures, within existing resources available to achieve the progressive realization of this right (3) No one shall be denied emergency medical care ”

²⁰⁰ Traducción propia. *Water Services Act 108 of 1997, section 3* Right of access to basic water supply and basic sanitation

- (1) Everyone has a right of access to basic water supply and basic sanitation.
- (2) Every water services institution must take reasonable measures to realize these rights.
- (3) Every water services authority must, in its water services development plan provide for measures to realize these rights.
- (4) The rights mentioned in this section are subject to the limitations contained in this Act.

²⁰¹ Traducción propia. *Water Services Act 108 of 1997, section 4* Conditions for provision of water services

4. (1) Water services must be provided in terms of conditions set by the water services provider.
- (2) These conditions must:
 - (a) be accessible to the public;
 - (b) accord with conditions for the provision of water services contained in bylaws made by the water services authority having jurisdiction in the area in question; and
 - (c) provide for:
 - (i) the technical conditions of existing or proposed extensions of supply;
 - (ii) the determination and structure of tariffs;
 - (iii) the conditions for payment;
 - (iv) the circumstances under which water services may be limited or discontinued;
 - (v) procedures for limiting or discontinuing water services; and
 - (vi) measures to promote water conservation and demand management.
- (3) Procedures for the limitation or discontinuation of water services must:
 - (a) be fair and equitable;
 - (b) provide for reasonable notice of intention to limit or discontinue water services and for an opportunity to make representations. Unless:
 - (i) other consumers would be prejudiced;
 - (ii) there is an emergency situation; or
 - (iii) the consumer has interfered with a limited or discontinued service; and
 - (c) not result in a person being denied access to basic water services for non-payment, where that person proves, to the satisfaction of the relevant water services authority, that he or she is unable to pay for basic services,
- (4) Every person who uses water services provided by a water services provider does so subject to any duplicable condition set by that water services provider.
- (5) Where one water services institution provides water services to another water services institution, it may not limit or discontinue those services for reasons of non-payment, unless it has given at least 30 days' notice in writing of its intention to 50 limit water services or 60 days' notice in writing of its intention to discontinue those water services to:
 - (a) the other water services institution;
 - (b) the relevant Province; and
 - (c) the Minister.

Como se observa, la antedicha normatividad no solo establece un procedimiento al que ha de ceñirse la administración o el particular que cumpla este servicio, sino que además estipula que aún, teniendo en cuenta todas las actuaciones debidas, no se le podrá negar a ningún ciudadano el servicio de acueducto por el hecho del no pago.

Uno de los casos mas representativos que se ha tramitado ante el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, es el *Lindiwe Mazibuko contra Johannesburgo y otros*. En éste 5 residentes de Phiri (soweto) en condiciones de extrema pobreza demandaron a la ciudad de Johannesburgo, la empresa de acueducto de la misma ciudad y al Ministerio de Agua y Silvicultura, por cuanto el servicio de agua prepago los ponía en situación de vulnerabilidad cuando finalizaba su cupo y por que el agua que recibían no era suficiente para atender sus necesidades básicas.

En este fallo, dicho tribunal ordenó que mientras estuviera pendiente la reformulación de la política de agua de la ciudad de Johannesburgo, todo usuario de la localidad de Phiri que este registrado como indigente debía recibir sin costo 42 litros de agua por día por cada miembro de su grupo familiar.

Costa Rica

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica, ha reconocido, en diferentes oportunidades²⁰², el derecho fundamental al agua potable como parte integrante de su ordenamiento jurídico, a pesar de que este no se encuentra expresamente establecido en la Constitución, pues en opinión de dicho tribunal el derecho en mención se “*deriv[a] de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y a la vivienda digna, entre otros*”²⁰³.

Dentro de las múltiples consideraciones expuestas por la jurisprudencia en torno al derecho al agua de la máxima autoridad del Poder Judicial Costarricense, establece que la suspensión del servicio de acueducto se considera una violación *prima facie* de los derechos que son el sustrato del referido derecho.

Así las cosas, indica que para que pueda realizarse la interrupción del suministro de agua por incumplimiento en el pago de dicho servicio deben cumplirse dos requisitos, a saber: (i) “*informar previamente al usuario sobre la deuda que tiene en mora con la institución*”; e (ii) “*instalar una fuente de agua pública en las cercanías del inmueble al que se le cortó el servicio*”²⁰⁴.

Los mencionados requisitos buscan que el usuario no quede en una situación tal que no pueda cubrir sus necesidades básicas, debido a la falta de suministro de agua potable, pues busca dar una nueva oportunidad de pago en condiciones mas favorables al deudor y en caso de que este no tenga los recursos necesarios para saldar la suma adeudada siempre podrá contar con una fuente pública que brinde el “*suministro urgente de agua*”.²⁰⁵

²⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional; Sentencias 04394; 13326, 9629, 11045, entre otras.

²⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional; Sentencia 04394.

²⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional; Sentencia 9629 de 2002

²⁰⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional; Sentencia 11045 de 2001

Argentina

El poder judicial de la República de Argentina haciendo uso de la cláusula de apertura de la Constitución consagrada en el numeral 22 del artículo 75 de la Carta Política²⁰⁶, que otorga

²⁰⁶ Constitución Política de Argentina; artículo 75: Corresponde al Congreso:

1. Legislar en materia aduanera. Establecer los derechos de importación y exportación, los cuales, así como las evaluaciones sobre las que recaigan, serán uniformes en toda la Nación.
2. Imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias. Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan. Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables.

Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos.

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición.

3. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

4. Contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación.

5. Disponer del uso y de la enajenación de las tierras de propiedad nacional.

6. Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales.

7. Arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación.

8. Fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión.

9. Acordar subsidios del Tesoro nacional a las provincias, cuyas rentas no alcancen, según sus presupuestos, a cubrir sus gastos ordinarios.

10. Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes, y crear o suprimir aduanas.

11. Hacer sellar moneda, fijar su valor y el de las extranjeras; y adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas para toda la Nación.

12. Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

13. Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí.

14. Arreglar y establecer los correos generales de la Nación.

15. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias.

16. Proveer a la seguridad de las fronteras

17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, ha establecido que el acceso al servicio de agua es un derecho fundamental.

Para esto, ha recurrido a los lineamientos consagrados en Observación No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la que se afirma que este derecho encuentra fundamento en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).²⁰⁷

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

20. Establecer tribunales inferiores a la Corte Suprema de Justicia; crear y suprimir empleos, fijar sus atribuciones, dar pensiones, decretar honores, y conceder amnistías generales.

21. Admitir o desechar los motivos de dimisión del presidente o vicepresidente de la República; y declarar el caso de proceder a nueva elección.

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.

La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

25. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz.

26. Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.

27. Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.

28. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.

29. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

30. Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines.

31. Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires.

Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo.

32. Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina.

²⁰⁷ Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, Causa 584-08 del 30 de Octubre de 2008.

A manera de ejemplo, La Sala II de la Corte Suprema de Mendoza, en el caso de *Villavechía de Pérez Lasala, Teresa contra Obras Sanitarias de Mendoza*, del 5 de febrero de 1990, señaló que la prestación de servicios de agua potable y cloacas es de primera y vital necesidad, de uso obligatorio para todo beneficiario posible.²⁰⁸

En el mismo la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata en el caso *AIDICON contra OSSE M.D.P.* de 27 de abril de 1998, indicó que el corte inmediato de los servicios de agua por falta de pago es abusivo²⁰⁹.

Así mismo, el Juzgado de Primera Instancia de Paz de Moreno, Provincia de Buenos Aires, en el caso *Usuarios y consumidores en defensa de sus derechos contra Aguas del Gran Gobierno de Buenos Aires*, de 21 de agosto de 2002, declaró inexecutable la norma que permitía el corte de agua por falta de pago del servicio domiciliario de acueducto y ordeno a la entidad demandada acabar con los referidos cortes y reconectar el servicio a quienes hubieran se les hubiera suspendido el mismo²¹⁰.

Finalmente, la Juez Sustituta de Primera Instancia y 51 Nominación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, en el caso *Quevedo, Miguel Andrés y otros contra Aguas Cordobesas S.A.*, de 8 de abril de 2002, en el que se estableció que el corte del servicio de agua potable por incumplimiento en el pago es manifiestamente ilegal, por lo que la entidad demandada tiene la obligación de proveer una cantidad mínima de agua a los afectados²¹¹.

Aunado a lo anterior, se ha implementado senda normatividad para la salvaguardia de este derecho, dentro de ésta se encuentra el Decreto 878 de 2003, el cual establece en el literal b del artículo 61, el procedimiento para el corte del servicio de acueducto:

“La Entidad Prestadora al proceder al corte del servicio, deberá observar el cumplimiento de las pautas que a continuación se establecen:

a) Se deberá en todo momento considerar la protección de la salud pública, entendiéndose como tal que la Entidad Prestadora no podrá ejercer directamente esta facultad respecto de hospitales y sanatorios, sean estos públicos o privados.

Se deberá aplicar similar criterio a cualquier otra entidad en la que el corte implique, a juicio del OCABA, probabilidades de alteración a la salud pública.

b) En el caso de Usuarios residenciales, el corte del servicio no podrá ser total, debiendo la Entidad Prestadora garantizar un abastecimiento mínimo vital.” [...]
(Negrillas fuera del texto)

Bolivia

La Constitución Política de la Republica de Bolivia incorpora dentro de su texto, el derecho fundamental al agua potable en varios de sus artículos. El artículo 16 establece: *“Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación”* y en el artículo 20 consagra que: *“Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones [...] III. El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley”*.

Ecuador

La Republica del Ecuador en el artículo 12 de su Constitución consagra el derecho al agua en los siguientes términos: *“El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida”*.

²⁰⁸ Abramovich V. y Courtis C., *El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado Constitucional*; Estudios del Puerto; Buenos Aires; 2006.

²⁰⁹ *Ibidem*

²¹⁰ *Ibidem*

²¹¹ *Ibidem*

Perú

El Tribunal Constitucional de la República del Perú en sentencia 6546 de 2006 esgrimió que el derecho al agua potable en un derecho constitucional no enumerado, en particular indicó: *“En el caso específico del derecho al agua potable, considero que aunque dicho atributo no se encuentra consagrado a nivel positivo, existen no obstante una serie de razones que justifican su consideración o reconocimiento en calidad de derecho fundamental. Asumir dicha premisa supone, sin embargo, perfilar su individualización dentro del contexto que ofrecen algunas de las perspectivas anteriormente enunciadas. A tales efectos y en la medida en que no exista norma expresa que contenga dicho reconocimiento a nivel interno y que a nivel internacional aún se encuentren pendientes de desarrollo muchos de los ámbitos que comprendería dicho atributo, se hace permisible acudir, para la efecto, a la opción valorativa o principialista y a la cláusula de los derechos implícitos que le permite servir de referente. Así las cosas, la utilización de la fórmula de individualización antes descrita posibilitaría legitimar la existencia de un derecho al agua potable en calidad de atributo fundamental no enumerado. Su reconocimiento estaría ligado directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho”* (Negrillas fuera del texto)

En este orden de ideas, los Sistemas Internacionales de protección de los Derechos Humanos muestran un claro avance en materia del reconocimiento del derecho fundamental al agua potable. En el Sistema Universal se ha recalcado el carácter autónomo de éste. Más tímido ha sido el aporte de los Sistemas Regionales, pues la afectación de este derecho debe ser puesta de manifiesto en función la afectación de otros derechos humanos.

Por su parte, muchos de los Estados miembros de la Sociedad Internacional han reconocido la iusfundamentalidad del derecho al agua potable. Unos han constitucionalizado éste derecho brindándole con ello, las garantías de: reserva de ley; generalidad y universalidad: contenido mínimo y esencial, progresividad y prohibición de regresividad. Otros, por su parte han admitido su carácter fundamental por vía jurisprudencial o legal definiendo así su alcance y contenido.

6. Contenido del derecho fundamental al agua y obligaciones estatales en materia de prestación del servicio de agua de conformidad con el bloque de constitucionalidad

Respecto del contenido obligacional del derecho al agua, como el de todos los derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sostenido que: *“existen tres tipos de obligaciones: “respetar”, “proteger” y cumplir” [...]. A su vez, este último deber relacionado con “hacer efectivo” el derecho se subdivide en tres: facilitar proporcionar y promover”*.²¹²

La *obligación de respetar* implica el deber por parte del Estado de abstenerse de interferir, obstaculizar, o impedir el ejercicio de cualquier derecho, es decir que este ente *“no adopte medidas que impidan el acceso a los derechos o menoscaben el disfrute de los mismos”*²¹³.

De esta manera, la *obligación de respeto* en lo que respecta al derecho al agua se configura como un deber de abstención por parte del Estado, con el objetivo de que el Estado se abstenga de injerir directa o indirectamente de manera negativa en el disfrute del derecho a disponer de agua potable. Lo que significa evitar medidas que obstaculicen o impidan la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo, así como de grupos o colectividades que buscan satisfacer sus necesidades básicas, concretamente en el goce del derecho al agua potable

Así las cosas, dicha obligación prohíbe al Estado o a quien obre en su nombre: (i) toda práctica o actividades que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad; (ii) inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del

²¹² AAVV; *Protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema interamericano*; Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José de Costa Rica, 2008. pp. 130.

²¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Observación General 12, Observación General 12, Observación General No. 14, entre otras.

agua; (iii) reducir o contaminar ilícitamente el agua como por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado o botaderos municipales que contaminen fuentes hídricas o mediante el empleo y los ensayos de armas de cualquier tipo, y (iv) limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva.

La obligación de *proteger*, por su parte, implica el deber “*adoptar las medidas que sean necesarias y que, de acuerdo a las circunstancias, resulten razonables para asegurar el ejercicio de esos derechos e impedir la interferencia de terceros*”²¹⁴, es decir, esta obligación se concreta, en un deber del Estado de regular el comportamiento de terceros, ya sean individuos, grupos, empresas y otras entidades, con el objetivo de impedir que estos interfieran o menoscaben en modo alguno el disfrute del derecho.

Esta obligación implica (i) la adopción de medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten de forma no equitativa los recursos de agua; (ii) demanda a los Estados impedir que terceros menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables, cuando estos controlen los servicios de suministro de agua; y (iii) exige la promulgación de legislación en aras de la protección y funcionamiento eficaz del sistema judicial con el fin de resguardar el goce del derecho al agua potable frente a afectaciones provenientes de terceros²¹⁵.

La obligación de *cumplir* “*requiere que se reconozcan los derechos en los sistemas legales y se adopten políticas y medidas, de cualquier índole, destinadas a satisfacerlos*”²¹⁶, ésta se subdivide en las obligaciones de facilitar que “*consiste en el deber de iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso al derecho o su disfrute, o ayudar a los particulares para lograr tales fines*”²¹⁷. El deber de *promover* implica “*realizar acciones tendientes a difundir, educar, o capacitar a la población para el ejercicio de los mismos*”²¹⁸. Por último, surge la obligación de *proporcionar* que supone asegurar que el titular del derecho “*[acceda] al bien protegido por un derecho cuando un grupo o individuo por circunstancias ajenas a su control, no pueda disfrutar el mismo*”²¹⁹.

En este orden de ideas, la obligación de cumplir está encaminada a que el Estado realice acciones positivas con el fin de facilitar, proporcionar y promover la plena efectividad del derecho por medio de medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales, que posibiliten a los individuos y comunidades el disfrute del derecho al agua potable e impone al Estado que adopte medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades a ejercer el derecho al agua, tome medidas para que se difunda información adecuada sobre el uso higiénico del agua, la protección de las fuentes de agua y los métodos para reducir los desperdicios de agua y garantice el acceso a una cantidad suficiente salubre, aceptable y accesible para el uso personal y doméstico de agua, en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición

Aunado a lo anterior, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 15, indicó que respecto al derecho al agua se predicen ciertas obligaciones específicas como son: (i) la disponibilidad, (ii) la accesibilidad y (iii) la calidad.

²¹⁴ Héctor Faúndez Ledesma; *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*; Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José de Costa Rica, 2004 pp. 77.

²¹⁵ En la Observación General No.15 se señala, sobre este último deber que “los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables”. De conformidad con el Pacto y con la Observación No.15, y en aras de impedir estos abusos, debe establecerse un sistema normativo eficaz que prevea una supervisión independiente, una verdadera participación pública y la imposición de multas por el incumplimiento

²¹⁶ AAVV; Protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Sistema Universal y Sistema interamericano. cit. pp. 131.

²¹⁷ *Ibidem*

²¹⁸ *Ibidem*

²¹⁹ *Ibidem*

- (i) La *disponibilidad* hace referencia a la cantidad suficiente del líquido vital necesario para la supervivencia humana; a la regularidad en el suministro o distribución del recurso hídrico; y a la sostenibilidad del mismo. En palabras del Comité de Derechos Económicos esta obligación implica que “*el abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos*”.²²⁰

Este nivel obligacional, como se señaló anteriormente, consta de tres dimensiones, a saber: (i) *cantidad*; (ii) *periodicidad o continuidad del servicio de agua*; y (iii) *la sostenibilidad del recurso hídrico*.

- La primera dimensión de la obligación de disponibilidad conmina a los Estados a brindar una *cantidad* suficiente de agua, como mínimo para satisfacer las necesidades básicas de bebida, alimentación o cocción de alimentos, la limpieza y el saneamiento de las personas que habitan en su jurisdicción. La Organización Mundial de la Salud ha señalado que la *cantidad* necesaria para este fin es de “*50 litros por persona al día*”²²¹

Así las cosas, el Estado está obligado, de acuerdo con este subnivel obligacional, entre otras cosas, a (i) abstenerse de privar a una persona del mínimo indispensable de agua²²²; (ii) facilitar agua y garantizar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes²²³; y (iii) garantizar que todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada tengan acceso permanente a agua potable, a instalaciones sanitarias y de aseo, de eliminación de desechos y de drenaje^{224 225}.

- Así mismo, la disponibilidad se encuentra relacionada con la *regularidad* en el acceso al servicio de agua potable, es decir, que “*la periodicidad del suministro de agua sea suficiente para los usos personales y domésticos*”²²⁶

Este subnivel obligacional insta al Estado a: (i) abstenerse de interrumpir o desconectar de manera arbitraria o injustificada los servicios o instalaciones de agua²²⁷; (ii) regular y controlar eficazmente los servicios de suministro de agua²²⁸; (iii) garantizar que los establecimientos penitenciario y servicios de salud cuenten con agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas²²⁹; y (iv) asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes^{230 231}.

- Finalmente, la disponibilidad incluye el concepto de *sostenibilidad* del recurso hídrico, dirigido a que las generaciones presentes y futuras cuenten con agua suficiente para satisfacer sus necesidades básicas.

²²⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

²²¹ Organización Mundial para la Salud (OMS), Informe sobre *la cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud* y ONU/WWAP (Naciones Unidas/Programa Mundial de Evaluación de los Recursos Hídricos). 2003. *1º Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo: Agua para todos, agua para la vida*. París, Nueva York y Oxford. UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) y Berghahn Books.

²²² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15

²²³ *Ibídem*

²²⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4.

²²⁵ Angélica Molina Higuera; *Derecho Humano al Agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie Estudios Especiales DESC; Defensoría del Pueblo de la República de Colombia – PROSEDHER, Bogotá, 2005.

²²⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

²²⁷ *Ibídem*

²²⁸ *Ibídem*

²²⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14.

²³⁰ Artículo 365, Constitución Política.

²³¹ Angélica Molina Higuera; *Derecho Humano al Agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie Estudios Especiales DESC; Defensoría del Pueblo de la República de Colombia – PROSEDHER, Bogotá, 2005

- (ii) La *accesibilidad* implica que “*el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte*”²³².

El elemento de accesibilidad presenta cuatro dimensiones interrelacionadas:

- *Accesibilidad física* hace referencia a que el agua y las instalaciones de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. En esta medida debe poderse acceder a un suministro de agua suficiente, salubre y aceptable en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo o en sus cercanías inmediatas. Además los servicios e instalaciones de agua deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, al ciclo vital, a la cultura y a la intimidad.

La Organización Mundial de la Salud ha señalado que la cantidad de agua que obtiene una persona para satisfacer una persona esta determinada, en gran medida, por la distancia que se debe recoger para obtenerla. De acuerdo a ello, ha clasificado, la accesibilidad del recurso hídrico en cuatro subniveles: (i) no acceso; (ii) acceso básico, (iii) acceso intermedio y (iv) acceso optimo.

Nivel de Servicio	Distancia/Tiempo	Probabilidad de agua recolectada	Necesidades Satisfechas	Intervención y acciones prioritarias
No acceso	Mas de (1) kilómetro o mas de treinta (30) minutos de viaje.	Bastante bajo. (Por debajo de 5 litros por persona al día)	El Consumo básico se ve comprometido y no puede asegurar las prácticas correctas de higiene.	Muy alto
Acceso Básico	Menos de un (1) kilómetro o menos de treinta (30) minutos de viaje.	No más de 20 litros al día por persona.	Se asegura el consumo básico y la higiene a un nivel primario. Sin embargo, por ejemplo, podría ser insuficiente para lavar la ropa en la casa.	Alto
Acceso Intermedio	Suministro de agua en el inmueble a través de al menos un grifo	En promedio 50 litros al día por persona.	Se asegura el consumo básico y la higiene a un nivel medio.	Bajo
Acceso Óptimo	Suministro de agua en el inmueble a través de múltiples grifos	Entre 100 y 200 litros de agua al día por persona.	Se garantiza un consumo básico de agua y las practicas correctas de higiene.	Muy bajo

²³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

*Howard G. Bartram; *Domestic water quantity level and health*; World Health Organization; Geneva, 2003.

De acuerdo a lo anterior, la accesibilidad física del recurso hídrico solo se encuentra satisfecha en los niveles intermedio y óptimo, por lo que las principales obligaciones por parte del Estado son (i) garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades²³³; y (ii) garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar²³⁴.

Aunado a lo anterior, el Estado también está obligado, de acuerdo con este subnivel obligacional a: (iii) abstenerse de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro de agua o destruirlos como medida punitiva²³⁵; (iv) abstenerse de generar obstáculos que impliquen la inexistencia de los servicios públicos domiciliarios o impidan su prestación²³⁶; (v) adoptar medidas para velar por que las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación²³⁷; (vi) proporcionar o asegurar que los desplazados internos disfruten de libre acceso al agua potable²³⁸; (vii) adoptar medidas para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad²³⁹; (viii) velar por que no se vea amenazada la seguridad personal cuando las personas tengan que acudir a obtener el agua²⁴⁰; (ix) adoptar medidas para velar por que se suministre agua salubre suficiente a los grupos que tienen dificultades físicas para acceder al agua, como las personas de edad, las personas con discapacidad, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas propensas a desastres y las que viven en zonas áridas y semiáridas o en pequeñas islas²⁴¹; (x) facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas²⁴²; y (xi) brindar a las personas que no pueden acceder a los servicios públicos de acueducto y alcantarillado los medios y condiciones adecuados para que satisfagan ellas mismas sus necesidades básicas²⁴³
244

- La *Accesibilidad económica* se refiere a que el agua y los servicios e instalaciones deben estar al alcance de todos. Es decir, los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro otros derechos.

El subnivel obligacional de *accesibilidad* conmina al Estado a: (i) abstenerse de efectuar aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio del agua²⁴⁵; (ii) abstenerse de toda práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad²⁴⁶; (iii) impedir que terceros menoscaben el acceso

²³³ *Ibidem.*

²³⁴ *Ibidem.*

²³⁵ *Ibidem.*

²³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-570 de 1992

²³⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

²³⁸ Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, Principio 18

²³⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

²⁴⁰ *Ibidem.*

²⁴¹ *Ibidem.*

²⁴² *Ibidem.*

²⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-570 de 1992.

²⁴⁴ Angélica Molina Higuera; *Derecho Humano al Agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie Estudios Especiales DESC; Defensoría del Pueblo de la República de Colombia – PROSEDHER, Bogotá, 2005

²⁴⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15

²⁴⁶ *Ibidem.*

físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable, a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables²⁴⁷; (iv) establecer un sistema normativo para garantizar el acceso físico al agua en condiciones de igualdad y a un costo razonable, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento²⁴⁸; (v) velar por que el agua sea asequible para todos²⁴⁹; (vi) adoptar las medidas necesarias para que el agua sea asequible, se sugieren: a) la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas. b) políticas adecuadas en materia de precios, como el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo. c) suplementos de ingresos²⁵⁰; y (vii) garantizar que todos los pagos por suministro de agua se basen en el principio de equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos^{251 252}.

- La *no discriminación* consiste en que el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles a todos de hecho y de derecho, incluso a los sectores más vulnerables y marginados de la población sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos internacionalmente.
- El *acceso a la información* comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua. Así se debe tener el derecho de contar con sistemas de información adecuados y oportunos por medio de los cuales sea posible solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con el agua potable y el saneamiento básico.

(iii) La *calidad* significa que el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas.

La calidad del agua apta para consumo humano implica la existencia de unas condiciones físico-químicas y bacteriológicas que aseguren su potabilidad, esto garantiza que el agua que se va a consumir tiene el tratamiento y desinfección necesarios para el consumo humano, así como el control de los parámetros microbiológicos del agua, tanto de la distribuida por medio del servicio de acueducto como la de las fuentes superficiales y subterráneas.

Además, el agua debe tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

Esta obliga al Estado a: (i) abstenerse de reducir o contaminar ilícitamente el agua²⁵³; (ii) promulgar y hacer cumplir leyes que tengan por objeto evitar la contaminación y la extracción no equitativa del agua²⁵⁴; (iii) garantizar a la población el suministro efectivo del servicio público de acueducto, con los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad que exigen la Constitución y la ley²⁵⁵; (iv) adoptar medidas para impedir que terceros contaminen o exploten en forma indebida los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de disposición de agua²⁵⁶; (v) proteger los

²⁴⁷ *Ibidem.*

²⁴⁸ *Ibidem.*

²⁴⁹ *Ibidem.*

²⁵⁰ *Ibidem.*

²⁵¹ *Ibidem.*

²⁵² Angélica Molina Higuera; *Derecho Humano al Agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie Estudios Especiales DESC; Defensoría del Pueblo de la República de Colombia – PROSEDHER, Bogotá, 2005.

²⁵³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15

²⁵⁴ *Ibidem.*

²⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-410 de 2003

²⁵⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15

sistemas de distribución de agua de la injerencia indebida, el daño y la destrucción²⁵⁷; (vi) adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados²⁵⁸; (vii) velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas como componente de la higiene ambiental e industrial²⁵⁹; (viii) garantizar que todos tengan acceso a servicios de tratamiento adecuados, para proteger la calidad de las reservas y recursos de agua potable²⁶⁰; (ix) garantizar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo para garantizar la realización del derecho a la salud pública²⁶¹; (x) llevar a cabo el manejo y disposición de basuras bajo criterios técnicos que protejan el medio ambiente y preserven la salubridad colectiva^{262 263}.

7. Reconocimiento del derecho fundamental al agua en la Jurisprudencia Constitucional.

Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación se ha ocupado del derecho al agua. Así existe una larga línea jurisprudencial que comienza con la sentencia T 570 de 1992 y se extiende hasta el presente.

Para efectos de esta sentencia la Sala de Revisión analizará cada una de sentencias enmarcándolas en la clasificación propuesta, es decir organizándolas de acuerdo con las obligaciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad.

a. Disponibilidad.

En sentencia T 614 de 2010, la Sala Novena de Revisión determinó que existía una infracción a la obligación de disponibilidad por parte de la Alcaldía Municipal de La Tebaida, Quindío y la Empresa Sanitaria del Quindío S.A. E.S.P, por cuanto esta última entidad suspendió el servicio de acueducto a María del Socorro Soto, madre cabeza de familia de 8 hijos y perteneciente al estrato “2 bajo” del municipio de la Tebaida.

En esta oportunidad, este Alto tribunal, con el objetivo de garantizar el acceso al recurso hídrico tanto de los hijos de la actora como de ella misma, dispuso que la Empresa Sanitaria del Quindío S.A. E.S.P, debía adelantar la reconexión del servicio público domiciliario de acueducto en la residencia de María del Socorro Soto, ubicado en el municipio La Tebaida, Quindío

Del mismo modo, en sentencia T-143 de 2010, la Sala Primera de Revisión determinó que existía una vulneración a la obligación de disponibilidad, por cuanto la Administración Municipal no llevó a cabo las acciones necesarias y por el tiempo suficiente para superar la emergencia de acceso al agua, causada por un sismo que destruyó el pozo del cual se abastecía la población indígena Achagua y la quema de la “electrobomba” que surtía de agua al sector La Victoria, territorio en el que habita el Pueblo Indígena Piapoco.

En este caso se ordenó al Alcalde del Municipio de Puerto López y al Gobernador del Meta que, solidariamente, **les brindará a los miembros de los Pueblos Indígenas Achagua y Piapoco, cantidades de agua potable suficiente para satisfacer las necesidades de consumo que, razonablemente se estime, pueden requerir a diario.** Dicho suministro indicó la providencia reseñada debían responder a los siguientes criterios: (i) prestarse hasta que ambos Pueblos contaran con una solución definitiva para sus problemas de

²⁵⁷ Ibídem.

²⁵⁸ Ibídem.

²⁵⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14

²⁶⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15

²⁶¹ Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 1992 y T-207 de 1995

²⁶² Corte Constitucional. Sentencia T-062 de 1995

²⁶³ Angélica Molina Higuera; *Derecho Humano al Agua en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Serie Estudios Especiales DESC; Defensoría del Pueblo de la República de Colombia – PROSEDHER, Bogotá, 2005

desabastecimiento; (ii) a cambio de la prestación del servicio, podría exigírseles a los Pueblos Indígenas una contraprestación dineraria o de otra clase, si y sólo si con ella no les viola su derecho a la autonomía; (iii) y, si ninguna contraprestación posible es útil y lucrativa o compensatoria para el Municipio, la prestación transitoria, de cantidades mínimas de agua, deberá serles ofrecida gratuitamente.

Adicionalmente, aunque relacionada con la obligación de accesibilidad, se dictaminó en la sentencia referida que en el curso de los 2 meses siguientes a la notificación de ésta providencia, debían adoptar un plan real y concreto, en el cual se pudiera identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las cuales habrá de ponerse en marcha el proyecto de política pública de agua en el Resguardo El Turpial -La Victoria, Departamento del Meta.

Igualmente, en sentencia T-381 de 2009, la Sala Sexta de Revisión determinó que existía una vulneración a la obligación de disponibilidad, por cuanto las obras de construcción de un túnel en la autopista Bogotá-Girardot habían secado totalmente las fuentes naturales de agua que se surtían para consumo humano, riego y desarrollo de actividades comerciales y turísticas, lo cual impedía que se garantizara una cantidad suficiente de agua a las personas que se servían de éstas aguas, para la satisfacción de sus necesidades básicas, tales como alimentación, cocción de alimentos, la limpieza y saneamiento básico.

En esta litis se ordenó al Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, que designara un comité técnico con el objetivo de que realizara visitas de seguimiento al lugar de construcción del Túnel del Sumapaz, en la Autopista Bogotá - Girardot, y que en un plazo de seis meses contados a partir de la comunicación de dicha providencia, **determine cuál era la solución permanente para garantizar el suministro definitivo de agua potable a los demandantes** residentes en los predios denominados Finca de San Antonio, hoy Guayabamba, y Rocas de Sumapaz – Parcelación Serranías del Sumapaz-, que consta de veintiún (21) parcelas ubicadas en la Vereda Mosquera del Municipio de Melgar, Departamento del Tolima y a la Sociedad Concesión Autopista Bogotá – Girardot S.A., y que ejecutara la solución adoptada, en los tiempos y con las especificaciones que el Ministerio dictamine.

Asimismo, se dictaminó que mientras se ponía en marcha la solución propuesta, la sociedad demandada **debía asegurar el suministro de agua potable a las personas demandantes residentes en los predios mencionados**, mediante el servicio de carro tanques, si ello fuere necesario a juicio del Ministerio.

En este mismo sentido, en la sentencia T-1104 de 2005 se decidió que la conducta desplegada por las Empresas Públicas de Medellín “EPPM”, quebrantó la obligación de disponibilidad, por cuanto ésta se había negado a conectar la vivienda del accionante al servicio de agua potable, aduciendo que la empresa no cuenta con redes de acueducto necesarias para realizar dicha conexión.

Este tribunal, en el asunto en cuestión, ordenó a las Empresas Públicas de Medellín “EPPM” que conectaran la vivienda del señor Jaime Castro López al servicio público domiciliario de acueducto, realizando todas las obras y todos los estudios técnicos que para ello fueran necesarios.

De igual forma, en la sentencia T-379 de 1995 se determinó que existía una infracción a la obligación de disponibilidad, por cuanto el "ojo de agua" del acueducto Inverhincada, que surte de agua, entre otros, a los residentes en el conjunto los Alcatraces había disminuido ostensiblemente su nivel por la obstrucción del canal Nirvana, debido al aprovechamiento inadecuado de uno de los propietarios ribereños.

En esta oportunidad, la Sala Segunda de Revisión previno al demandado para que en lo sucesivo se abstuviera de ejecutar cualquier acto que implicara menoscabo del derecho de los demandantes a realizar el aprovechamiento de las mencionadas aguas y ordenó “a la

Corporación Autónoma Regional del Magdalena -CORPAMAG que en el término de seis (6) meses proceda a expedir una reglamentación general actualizada sobre el aprovechamiento de las aguas del río Toribio, del Canal Nirvana y del llamado ojo de agua del Acueducto Inverhincada, la cual comprenderá la revisión de las concesiones o mercedes de aguas que se encuentran vigentes.”

Igualmente, en sentencia T-413 de 1995, esta Corporación estableció una transgresión a la obligación de disponibilidad, por cuanto el tesorero de la junta administradora del acueducto regional “La cuchilla” destinó el agua de éste para explotación piscícola en los predios de él, y permitió junto con el presidente de la junta administradora de tal acueducto que estas aguas también fueran utilizadas para una fábrica de ladrillos, lavado de vehículos y bebederos de animales, por lo cual el agua en muchas ocasiones no llegaba a la casa de los usuarios

En este evento, se instó a la Junta Administradora de tal acueducto, representada por su Presidente, que velara por que el agua fuera primordialmente destinada al uso doméstico y regulara la distribución del agua que sobrara después de atender el uso doméstico adecuado; y ordenó al fontanero que controlara la circulación del agua en tal forma que los usuarios la recibieran en primer lugar y en forma debida para el consumo humano.

Del mismo modo, en la sentencia T-244 de 1994, la Corte determinó que existía una infracción a la obligación de disponibilidad, por cuanto el no cumplimiento por parte de los demandados de la Resolución 449 de 1993 expedida por el INDERENA, en la cual ordenaba la destrucción de las obras construidas sobre el cauce de la quebrada guayabal o salitre, en el predio el descanso, vereda peladeros, afectaba la cantidad de agua que se requiere para satisfacer la necesidades básicas del actor.

En esta ocasión, el juez constitucional decretó una medida de carácter transitorio y una de carácter definitivo. En cuanto a la primera ordenó al INDERENA - Regional Cundinamarca, para que levantara los registros que existen en el embalse construido en el predio "El Descanso", quebrada Guayabal o El Salitre, y que impedían la salida del agua hacia la quebrada.

Respecto a la segunda ordenó *“al Gobernador de Cundinamarca para que disponga a la mayor brevedad de los recursos necesarios y provea lo pertinente a efectos de que el Instituto de Aguas de Cundinamarca, proceda dentro de la vigencia del segundo semestre de 1994, a efectuar el estudio, elaboración y ejecución del proyecto de construcción de un acueducto para la vereda de Peladeros”*

Respecto al subnivel obligacional de regularidad contenido en la obligación de disponibilidad, la Corte en sentencia T- 539 de 1993 estableció que el ASLO S.A. empresa encargada de prestar el servicio de suministro de agua potable en el municipio de Lórica había vulnerado éste, por cuanto en los barrios “Nueva Colombia” y “Los Andes” el servicio no se presta con la regularidad y continuidad necesarias, dado que en gran parte de los casos no se recibe agua en las viviendas afectadas y cuando el agua llega, no es apta para el consumo humano.

Así las cosas, este tribunal confirmó la sentencia de primera instancia que ordenaba a la Compañía ASLO S.A. adelantar las obras necesarias o tomar las medidas indispensables para que el servicio de agua potable a los citados barrios se prestara con regularidad, presión y calidad aceptables y aptas para el consumo humano.

b. Accesibilidad

En sentencia T-546 de 2009, la Sala Segunda de Revisión determinó que existía una vulneración a la obligación de accesibilidad, por cuanto la Empresa Pública de Neiva E.S.P le suspendió el servicio de acueducto a la señora Carolina Murcia por el incumplimiento en el pago de dicho servicio. No obstante, al encontrar probado que la actora había efectuado reconexiones ilegales de dicho servicio negó el amparo solicitado.

Sobre el particular indico: *“es preciso anotar lo siguiente. Pese a que la Sala denegará la protección y procederá a confirmar las decisiones tomadas por los jueces de instancia, no lo hará por razones similares a las aducidas en las instancias. Los jueces de primera y segunda instancia consideraron que la actuación de la Empresa de Servicios Públicos no violó ningún derecho fundamental, al haber suspendido el servicio público de agua potable. La Corte, en cambio, encuentra que sí fue violado el derecho fundamental al suministro de agua potable, a la vida y a la salud de los niños que habitan en la casa de la tutelante, razón por la cual en casos similares al presente le corresponde a las empresas de servicios públicos domiciliarios garantizar una protección real y efectiva de los mismos, mediante la celebración de acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles que les permitan, a los usuarios de escasos recursos y pertenecientes a estratos bajos de la población, la satisfacción de las obligaciones causadas por el consumo de agua potable, todo ello en procura de la consecución de un desarrollo pleno y armónico de los menores. Pero, **si aún de éste modo, el usuario de servicios públicos incumple con sus obligaciones legítimamente contraídas, en el número consecutivo de veces que fije la ley, y ello se debe a una imposibilidad probada e imprevista de cumplir con ellas, no puede cortarse totalmente el suministro de agua potable cuando en el domicilio viven niños, pues en ese caso lo procedente sería suspender la forma de prestar el servicio público de modo que se les garanticen cantidades mínimas básicas e indispensables de agua potable, para vivir sana y dignamente.** Con todo, tras advertir la Corte que, en el caso concreto, la casa de la tutelante fue reconectada ilegalmente al acueducto, se vio imposibilitada para impartir una orden que suponga la protección de los derechos, pues en ese caso estaría materialmente convalidando una actuación contraria a la Carta, la ley y los intereses de los demás usuarios de servicios públicos. Ese es el motivo determinante para negar la protección solicitada”* (Negrillas fuera del texto)

De igual modo, en sentencia T- 270 de 2007 esta Corporación estableció que existía una infracción a la obligación de accesibilidad, por cuanto a la señora Flor Enid Jiménez de Correa de 56 años de edad que padecía insuficiencia renal crónica le fueron cortados los servicios públicos de agua y luz por encontrarse en mora en el pago.

En esta oportunidad, la Sala Primera de Revisión considero que la ausencia de estos servicios públicos ponía en grave peligro la vida de la actora, dado que el tratamiento que necesita la demandante para tratar la enfermedad que padece requiere la confluencia de dichos servicios públicos y en consecuencia ordenó la reconexión del servicio público de agua y energía eléctrica en la residencia de la accionante.

c. Calidad

En sentencia T-410 de 2003, la Sala Cuarta de Revisión determino la existencia de una vulneración a la obligación de calidad, por cuanto la Empresa de Servicios Públicos de Versalles, -Departamento del Valle del Cauca- no realizaba ningún tipo de tratamiento para el agua destinada al consumo de población y además no efectuaba labores de mantenimiento y limpieza de los tanques de almacenamiento, lo que hacia que el agua que brindaba este acueducto no fuera potable.

En este caso, esta Corporación ordeno *“al Alcalde Municipal y al Gerente de la Empresa de Servicios Públicos de Versalles –Valle del Cauca que, en lo de su competencia, en un término*

máximo de treinta (30) días inicien los trámites administrativos, financieros y presupuestales necesarios para que en un plazo no superior a seis (6) meses garanticen al accionante y a la población del municipio de Versalles el suministro efectivo del servicio público de acueducto, con los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad que exigen la Constitución y la ley. Los términos anteriores se contarán desde la notificación de esta sentencia”.

En este mismo sentido, en la sentencia T-092 de 1995 se estableció que existía una infracción a la obligación de calidad, por cuanto el agua que nutre el acueducto de la vereda del Patá, municipio de Aipe, Huila posee componentes considerados nocivos para el consumo humano, lo que ha generado problemas de salubridad en los habitantes de dicha vereda y niños, perjuicios en la vida y la salud debido a la gran cantidad de algunos componentes en el agua considerados nocivos para el consumo humano

Este tribunal, en este asunto, confirmo el fallo proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva el 24 de octubre de 1994, en segunda instancia, que ordenó que se realizara un acueducto nuevo sobre el Río Patá, previo estudio y análisis del CORPES.

Igualmente, en sentencia T-523 de 1994, esta Corporación estableció una transgresión a la obligación de calidad, por cuanto la construcción de una porqueriza y varios cultivos en las inmediaciones del nacimiento de las aguas que sirven al acueducto local, ha generado la contaminación de estas y ha afectado a la población con por una infección dermatológica.

En esta ocasión, el juez constitucional ordeno al demandado suspender el funcionamiento de la porqueriza que tiene en el predio donde se encuentran los nacimientos de agua que consumen los habitantes de los llanos de Cuivá, en Yamural, y hasta tanto no ejecute las obras que realmente impidan la llegada de materias fecales a dichas fuentes y previo el lleno las licencias sanitarias y ambientales correspondientes se garantice la pureza del agua desde el nacimiento hasta la bocatoma.

Hechas las anteriores consideraciones, la Corte Constitucional procede a decidir el caso concreto.

8. El caso concreto

En el caso objeto de estudio, la ciudadana María Isabel Ortiz solicita que por vía de tutela se ordene el restablecimiento del servicio público domiciliario de agua, el cual le fue suspendido por la Junta Administradora del acueducto JUAN XXIII, por el incumplimiento en el pago del valor por aquella adeudado.

Como quedó establecido en el acápite tercero de esta providencia, el agua además de ser un derecho fundamental es un servicio público domiciliario, por lo que se rige por las disposiciones contenidas en la ley 142 de 1994.

El artículo 128 de la mencionada ley dispone que el contrato de servicios públicos es “*un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a **cambio de un precio en dinero**, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados*” (negritas fuera del texto).

Esta tipificación contractual realizada por el legislador en el artículo en mención, configuró dicho contrato como un acuerdo de voluntades de carácter oneroso, es decir, habilitó a las empresas de servicios públicos a cobrar una tarifa a la parte suscriptora o al usuario, como contraprestación por el bien que suministra.

El carácter oneroso del contrato de condiciones uniformes se explica, en tanto el pago que los usuarios o suscriptores realizan como contraprestación a los servicios recibidos, permite **(i)** asegurar el equilibrio económico y financiero de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; **(ii)** contribuye al fortalecimiento de las mismas; **(iii)** incentiva la participación de los

particulares en el mercado de los servicios públicos, lo cual contribuye a la ampliación de la cobertura en la prestación de los mismos, y **(iv)** permite que el Estado pueda establecer políticas de orden social que permitan asegurar la prestación de los servicios domiciliarios a las personas de escasos recursos; lo anterior, se funda en el principio de solidaridad, el cual, en esta materia, exige que aquellos que gozan de una mayor capacidad de pago contribuyan económicamente para lograr la cobertura del servicio en los estratos menos favorecidos.

Por estas razones, la jurisprudencia de esta Corporación reconoció como propia del contrato de servicios públicos esta característica y señaló que el deber de cumplir con esta obligación contractual es una condición indispensable para garantizar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los servicios públicos a todos los usuarios, pues de estos pagos depende la operatividad del sistema.

En este sentido, la sentencia C- 150 de 2003 indicó que *“la persona que se abstiene de pagar por los servicios públicos que recibe, no sólo incumple sus obligaciones para con las empresas que los prestan, sino que no obra conforme al principio de solidaridad y dificulta que las empresas presten los servicios con criterios de eficiencia (artículo 365 C.P.), lo cual pugna con los principios sociales que consagra la Carta para orientar la prestación, regulación y control de los servicios públicos.”*

El legislador con miras a garantizar la prestación de los servicios públicos en debida forma, estableció en el artículo 18 de la ley 689 de 2001 que modificó el artículo 130 de la ley 142 de 1994, que: *“Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos períodos consecutivos de facturación, **la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio.** Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma”*. Es decir, la mora del usuario en cancelar sus obligaciones permite a la empresa prestadora del servicio proceder al corte y suspensión de éste luego del incumplimiento en el pago de tres facturas (negrillas fuera del texto).

Este Alto Tribunal, al revisar la constitucionalidad del citado artículo, avaló esta medida adoptada por el legislador y sostuvo que *“el pago de los precios acordados en los contratos de prestación de servicios públicos es una condición indispensable para garantizar la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los mismos a los demás usuarios, de lo que se deduce que **debe haber un medio apremiante para desincentivar la falta de pago. Ese medio puede ser la suspensión**”*.²⁶⁴ (Negrillas fuera del texto).

No obstante, señaló en esta misma sentencia que existen unos límites específicos dentro de los que deben ajustarse el comportamiento de las asociaciones, corporaciones, instituciones o empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios al momento de suspender el suministro de algún servicio. En efecto, dichas entidades prestadoras deben (i) seguir ciertos parámetros procedimentales que garanticen el debido proceso de los usuarios; (ii) abstenerse de suspender el servicio cuando se trata de establecimientos de especial protección constitucional, como los son los centros penitenciarios²⁶⁵, las instituciones educativas²⁶⁶ o los hospitales²⁶⁷ o; (iii) **cuando las personas perjudicadas son sujetos de especial protección constitucional**²⁶⁸.

Fundamentó el anterior condicionamiento, en que:

“Sólo cuando se presenta un riesgo cierto e inminente sobre derechos fundamentales, tanto el interés económico como el principio de solidaridad, deben ceder en términos de oportunidad que no de negación, frente a los intereses que involucran los referidos derechos”

²⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003

²⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 1994 y T-881 de 2001.

²⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1994 y T-018 de 1998.

²⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-1205 de 2004.

²⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003

"Esta protección especial torna constitucionalmente injustificada la conducta de las empresas prestadoras de servicios públicos esenciales, que alegando ejercicio de atribuciones legales proceden a efectuar como simples medidas de presión para el pago de sumas adeudadas, racionamientos o suspensiones indefinidas del servicio, en establecimientos penitenciarios, o indiscriminadamente en establecimientos de salud o establecimientos relacionados con la seguridad ciudadana"²⁶⁹. (Negrillas fuera del texto)

Así las cosas, cuando la suspensión del servicio tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos, afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad o a los establecimientos de especial protección constitucional, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden y, según las circunstancias del caso, deben adoptar la decisión de continuar prestando el servicio a un usuario moroso.

Respecto del corte del servicio de acueducto a los sujetos de especial protección constitucional, como se comprobara más adelante, la medida se torna especialmente desproporcionada, ya que aunque ésta persigue un fin constitucionalmente legítimo, que es la garantía de la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los servicios públicos a todos los usuarios y es idónea para alcanzar el objetivo perseguido, los beneficios obtenidos con su aplicación son menores que los sacrificios a que son expuestos los titulares del derecho fundamental al agua.

Sobre este último aspecto vale la pena resaltar que, la privación del servicio de agua potable conlleva una grave vulneración de las obligaciones que emanan del derecho fundamental al agua, específicamente las de disponibilidad y accesibilidad, por cuanto en primer lugar, restringe la posibilidad de que este sector de la población, que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, acceda a los servicios e instalaciones del recurso hídrico y en segundo lugar que se limite la disponibilidad de aquel para la satisfacción de las necesidades personales y domésticas, como la preparación de alimentos, la higiene personal y del hogar.

En este orden de ideas, las empresas prestadoras del servicio de acueducto deben brindar soluciones a esta población, para así evitar que esta población vea vulnerado su derecho fundamental al agua debido al desabastecimiento de ésta.

De tal suerte, que ante el incumplimiento en el pago de más de dos periodos consecutivos de facturación, la empresa del servicio público de acueducto deberá, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación, informar la situación crediticia del usuario y el procedimiento a seguir para que éste pueda ponerse al día en sus obligaciones. Para tal fin, en caso de que la persona a la que se le preste el servicio no pueda cancelar de manera inmediata la deuda, **dicha entidad mantener la prestación del servicio** y con la aquiescencia de éste, deberá elaborar acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles teniendo en cuenta la capacidad económica del usuario, con el objetivo de que la pueda ponerse al día con el pago de las obligaciones causadas por el consumo del referido servicio público.

Tener en cuenta la capacidad de pago de los usuarios al momento de la elaboración de los mencionados acuerdos busca dar posibilidades efectivas a éstos para saldar las deudas que ha contraído por la prestación del servicio público, pues de no ser así, los acuerdos serían fórmulas vacías o ilusorias que nunca darían una solución adecuada a la situación que se presenta, generando con ello una afrenta a los derechos fundamentales de los usuarios.

Si una vez realizados mencionados acuerdos son incumplidos, el usuario manifiesta y prueba que no cuenta con la capacidad económica para hacerse cargo del pago de dicho servicio básico, la empresa prestadora deberá instalar, a cuenta de esta, un restrictor en el flujo del agua que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.

²⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2001.

La omisión de alguna de las conductas referidas anteriormente, es decir que no realice los acuerdos de pago con el usuario que se encuentre en mora o que éstos no se adecuen a los parámetros establecidos en esta sentencia o que no garantice el consumo mínimo a aquellas personas que han incumplido con los acuerdos de pago, por parte de la empresa prestadora del servicio de agua la obligará a asumir la totalidad del costo del servicio hasta que cambie la situación económica del beneficiario del servicio, dado que su conducta atenta contra el derecho al acceso al agua potable y pone en grave riesgo la subsistencia de las personas que requieren de este preciado líquido.

La empresa encargada del servicio público de acueducto, agotado este procedimiento podrá, con el objetivo de recuperar las cantidades adeudadas por el usuario, ejercer las acciones judiciales correspondientes.

Con ello se concilian el principio de solidaridad que inspira la prestación de los servicios públicos, por una parte y el derecho fundamental al agua de los usuarios que son sujetos de especial protección y que se encuentran en imposibilidad de pago, por otra, pues se garantiza el acceso a unas cantidades mínimas de agua a esta población que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, de conformidad con los postulados expuestos por la jurisprudencia constitucional y se asegura el recaudo de los recursos que son necesarios para la operatividad del sistema.

Por otra parte, es necesario resaltar que el artículo 355 de la Constitución Política, modificado por los actos legislativos No. 1 de 2001 y No. 4 de 2007 estableció el denominado *sistema general de participaciones*, el cual es el mecanismo por el cual las entidades territoriales ejercen su derecho a participar en las rentas nacionales.

En éste se dispuso expresamente que **los recursos del Sistema General de Participaciones** de los departamentos, distritos y municipios **se destinarán a la financiación de los servicios públicos a su cargo, dándoles prioridad** al servicio de salud, los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, y **servicios públicos de agua potable y saneamiento básico**, garantizando la prestación y ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.

El legislador, en desarrollo del referido mandato constitucional profirió la Ley 715 de 2001, que posteriormente fue adicionada por la Ley 1176 de 2007, la cual reglamento, entre otras cosas, todo lo relativo a la distribución de los recursos destinados específicamente a la atención del servicio de agua potable y saneamiento básico.

Es esta se estableció que la participación para agua potable y saneamiento básico ascendería, después de realizar las deducciones contempladas en el parágrafo 2 del artículo 2 de la ley 715 de 2001 y de los parágrafos transitorios 2o y 3o del artículo 4o del Acto Legislativo 04 de 2007, al 5.4% del presupuesto nacional²⁷⁰, el cual se distribuiría 85% para distritos y municipios y el 15% restante para los departamentos y el Distrito Capital, de acuerdo con los criterios de distribución establecidos en el artículo 7 y 8 respectivamente²⁷¹.

²⁷⁰ Ley 1176 de 2007; Artículo 2o. El artículo 4o de la Ley 715 de 2001, quedará así: "**Artículo 4o. Distribución Sectorial de los Recursos.** El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo 2o del artículo 2o de la Ley 715 y los parágrafos transitorios 2o y 3o del artículo 4o del Acto Legislativo 04 de 2007, se distribuirá entre las participaciones mencionadas en el artículo 3o de la Ley 715, así: 1. Un 58.5% corresponderá a la participación para educación. 2. Un 24.5% corresponderá a la participación para salud. 3. Un 5.4% corresponderá a la participación para agua potable y saneamiento básico. 4. Un 11.6% corresponderá a la participación de propósito general.

²⁷¹ Ley 1176 de 2007; Artículo 6o. Los recursos del Sistema General de Participaciones correspondientes a la participación para agua potable y saneamiento básico, se distribuirán de la siguiente manera: 1. 85% para distritos y municipios de acuerdo con los criterios de distribución establecidos en el artículo 7o de la presente ley. 2. 15% para los departamentos y el Distrito Capital, de acuerdo con los criterios de distribución establecidos en el artículo 8o de la presente ley.

PARÁGRAFO. Los recursos que por concepto de la distribución departamental que reciba el Distrito Capital se destinarán exclusivamente para el Programa de Saneamiento Ambiental del río Bogotá.

Los recursos que se asignen a los distritos y municipios, de acuerdo con el artículo 11 de la ley 1176 de 2007, deberán destinarse a financiar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, en las siguientes actividades: a) **Los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad vigente**; b) Pago del servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, mediante la pignoración de los recursos asignados y demás operaciones financieras autorizadas por la ley; c) Preinversión en diseños, estudios e interventorías para proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico; d) Formulación, implantación y acciones de fortalecimiento de esquemas organizacionales para la administración y operación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, en las zonas urbana y rural; e) Construcción, ampliación, optimización y mejoramiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado, e inversión para la prestación del servicio público de aseo; f) Programas de macro y micromedición; g) Programas de reducción de agua no contabilizada; h) Adquisición de los equipos requeridos para la operación de los sistemas de agua potable y saneamiento básico; i) Participación en la estructuración, implementación e inversión en infraestructura de esquemas regionales de prestación de los municipios.

El literal a) del artículo en mención, que es el que interesa para el caso en estudio, desarrolla a su vez el artículo 368 de la Carta, el cual establece: *“La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.”*

El otorgamiento de subsidios, en este contexto, está regulado por el artículo 99 de la ley 142 de 1994, el cual consagra, que las entidades anteriormente reseñadas podrán conceder subsidios de acuerdo a las siguientes reglas: (i) se debe indicar específicamente el tipo de servicio subsidiado; (ii) la entidad prestadora que repartirá el subsidio, (iii) hacerse el reparto entre los usuarios como un descuento en el valor de la factura que éste debe cancelar; (iv) los subsidios no excederán, en ningún caso, del valor de los consumos básicos o de subsistencia.; (v) La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran. **En ningún caso el subsidio será superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1;** (vi) sólo se otorgarán los subsidios a los usuarios de inmuebles residenciales y a las zonas rurales de los estratos 1 y 2 y las comisiones de regulación definirán las condiciones para otorgarlos al estrato 3.

En este orden de ideas, las entidades territoriales están autorizadas para conceder subsidios a las personas que habitan en los estratos 1, 2 y excepcionalmente al 3, con cargo a la partida para agua potable y saneamiento básico del sistema general de participaciones y de su propio presupuesto, este subsidio no puede ser superior al 50% del costo medio del suministro para estrato 1, que es el que interesa para este caso.

Como se desprende de las pruebas aportadas por la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII, ni el municipio, ni el departamento *“han transferido los subsidios del Estado en esa localidad, ni ingresan recursos de ningún ente o institución benéfica”*²⁷².

Esta conducta demuestra un abandono por parte de los gobiernos de turno de cada una de las esferas políticas a los habitantes de este sector del país y el incumplimiento, conforme al artículo 2 de la Constitución, de los fines esenciales que le han sido conferidos al Estado.

Así las cosas, debido a que el Estado es el principal garante de cada una de las obligaciones que

²⁷² Folio 15, Cuaderno Principal

se desprenden del derecho al agua y especialmente la relacionada con la disponibilidad, que obliga al Estado a brindar una *cantidad* suficiente de agua, como mínimo para satisfacer las necesidades básicas de bebida, alimentación o cocción de alimentos, la limpieza y el saneamiento de las personas que habitan en su jurisdicción y de acuerdo con la normatividad precedente que conmina al Estado a brindar subsidios a las personas de mas bajos recursos para este mismo fin, el municipio de Guarné, Antioquia deberá asignar de la partida de agua y saneamiento básico transferida a éste por el Gobierno Nacional, los dineros necesarios para garantizar el cubrimiento del 50% del costo del agua que le sea proporcionado al usuario como garantía mínima del recurso hídrico, ya que su omisión ha generado y tiene la posibilidad de producir futuras afrentas al derecho fundamental al agua potable.

Ahora bien, esta Sala de Revisión, entrará a esclarecer las condiciones personales de los afectados con la suspensión del servicio de acueducto efectuado por parte de la Junta Administradora del Acueducto Veredal Juan XXIII, con el objetivo de determinar si estos son sujetos de especial protección constitucional y si se encuentran bajo los supuestos establecidos por esta Corporación en la sentencia C- 150 de 2003 para inaplicar el artículo 18 de la ley 689 de 2001 que modificó el artículo 130 de la ley 142 de 1994.

La categoría de sujetos de especial protección constitucional surge como emanación directa de la cláusula de Estado social de derecho consagrada por nuestra Carta Política en su artículo 1º, de la inclusión de la igualdad como principio rector de nuestro sistema jurídico y particularmente del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 13 superior, al tenor del cual:

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Se trata entonces, de grupos poblacionales identificados en algunos casos por el constituyente (mujeres en estado de embarazo, madres cabeza de familia, adultos mayores, niños, adolescentes y discapacitados) y en otros por el juez constitucional (grupos étnicos, personas privadas de la libertad, desplazados, defensores de derechos humanos, reinsertados, entre otros.) que, en atención a sus especiales circunstancias, reclaman a la luz del texto constitucional una protección particularmente vigorosa de sus derechos fundamentales.

En desarrollo de los artículos 13 y 43 de la Carta Magna, esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha señalado que las mujeres cabeza de familia son sujetos de especial protección y, por tanto, gozan de una protección reforzada.

Esta garantía especial tiene como fundamento, de acuerdo con los pronunciamientos de esta Corporación, la responsabilidad que la mujer ostenta dentro del hogar, pues se constituye como la única fuente donde se deriva el sustento diario de las personas que dependen de ella²⁷³.

En el caso concreto, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la señora María Isabel Ortiz debe ser considerada un sujeto de especial protección, pues ella está a cargo de la dirección del hogar, es la encargada del mantenimiento de éste y esta a cargo de sus 2 hijos menores.

Adicionalmente la actora manifestó que padece de una enfermedad que le impide trabajar, afirmación que nunca fue desvirtuada por la entidad demandada, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación en desarrollo de la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, se presumen como ciertas, dado que la carga probatoria para desvirtuarlas se invierte a favor del peticionario.

Esta Sala estima que la situación de salud de la peticionaria, hace confluyan dos circunstancias para que ésta sea considerada como sujeto de especial protección para el Estado por sus condiciones de debilidad manifiesta, pues es madre cabeza de familia y no está en condiciones

²⁷³ Corte Constitucional, Sentencia T-1183 de 2005.

normales para desempeñar una actividad laboral, y de acuerdo con su propia versión, carece de los medios y posibilidades económicas necesarios para sufragar la deuda contraída con la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII y obtener la reconexión del servicio de agua.

Aunado a lo anterior debe tenerse en cuenta que en el lugar donde fue suspendido el servicio residen dos menores de edad, los cuales también tienen la calidad de sujetos de especial protección.

Esta Corporación ha reconocido a los menores de edad como sujetos de especial protección constitucional, en consideración de que tanto la Constitución Política²⁷⁴ como los tratados internacionales²⁷⁵ expresamente consagran la obligación del Estado de proteger de manera especial a los niños. Sobre el particular, en la sentencia SU-225 de 1998, esta Corporación afirmó:

*“En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que **los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen (C.P. Art. 44).**”* (Negrilla fuera del texto).

Como se ha podido constatar la accionante como sus dos hijos son sujetos de especial protección constitucional, por tanto, se encuentran inscritos bajo una de las causales establecidas por este Alto Tribunal en la sentencia C-150 de 2003 por lo que le este vedado a las entidades prestadoras del servicio suspender el servicio de acueducto, ya que, como se señaló en líneas precedentes, esta medida se torna desproporcionada cuando es aplicada a este tipo población y constituye una afrenta al derecho fundamental al agua potable de éstos.

Es necesario tomar en consideración ahora que la actora no ha podido pagar los acuerdos de pago realizados por cuanto estos no atendieron a la capacidad de pago actual de la peticionaria, esta situación ha traído como consecuencia que la empresa prestadora del servicio de acueducto le haya suspendido el servicio, constituyéndose con eso una vulneración al derecho fundamental al agua potable, de acuerdo con los términos establecidos en esta sentencia. Por ello, dicha entidad, con el fin de garantizar el acceso al agua de la peticionaria y sus hijos menores de edad, deberá: (i) restablecer el flujo de agua potable, (ii) revisar los acuerdos de pago realizados entre las partes, con el objetivo de implementar una fórmula en la cual la actora, de acuerdo con su capacidad económica, pueda ponerse al día en sus obligaciones con la empresa de servicios públicos y en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda deberá (iii) instalar el reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.

No adoptar esta medida en este caso obligaría a mantener una situación que atenta contra el derecho fundamental al agua, específicamente las obligaciones de accesibilidad física y calidad, pues la petente tendría que hacer largos recorridos para conseguir el líquido vital que tanto ella como sus dos hijos requieren para satisfacer sus necesidades básicas de una charca de aguas lluvias la cual no cuenta con la potabilidad requerida para el consumo humano.

En conclusión, el servicio público de acueducto es un servicio de carácter oneroso, por ello la suspensión de éste por el incumplimiento en el pago es constitucionalmente admisible. No obstante, cuando el impago se presente por un usuario que se encuentre bajo la categoría de sujeto de especial protección, la empresa prestadora del servicio de agua deberá realizar los

²⁷⁴ Artículo 44 de la Constitución Política.

²⁷⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos; Convención sobre los Derechos del Niño.

acuerdos de pago con el deudor de la mencionada prestación económica de acuerdo con su capacidad económica. En el evento en que aquél manifieste y pruebe que no puede cumplir con los referidos acuerdos, la empresa de servicios públicos esta obligada a garantizar un consumo mínimo de agua, conforme a lo establecido en esta sentencia. Finalmente, la inobservancia de estas conductas por parte de la entidad encargada del suministro de agua potable impondrá la carga a ésta de asumir la totalidad del servicio hasta tanto se supere las condiciones que impidieron el no pago por el usuario.

En este orden de ideas, esta Sala de Revisión concederá el amparo solicitado por la accionante. En consecuencia, revocará, de acuerdo con las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) y ordenará a la Junta Administradora del Acueducto Juan XXIII que: (i) restablezca el flujo de agua potable, (ii) revise los acuerdos de pago realizados entre la señora María Isabel Ortiz y dicha entidad prestadora del servicio de agua potable, con el objetivo de implementar una formula en la cual la actora, de acuerdo con su capacidad económica, pueda ponerse al día en sus obligaciones con ésta y en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda deberá (iii) instalar el reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.

VI. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

SEGUNDO: CONCEDER la acción de tutela de la referencia y, en consecuencia, **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Guarne (Antioquia) por los motivos expuestos en esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII : (i) **RESTABLECER** el flujo de agua potable en la vivienda de la accionante, (ii) **REVISAR** los acuerdos de pago realizados entre la señora María Isabel Ortiz y dicha entidad prestadora del servicio de agua potable, con el objetivo de implementar una formula en la cual la actora, de acuerdo con su capacidad económica, pueda ponerse al día en sus obligaciones y en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda (iii) **INSTALAR** el reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.

CUARTO: ORDENAR al municipio de Guarne (Antioquia) asignar de la partida de agua y saneamiento básico transferida a éste por el Gobierno Nacional, los dineros necesarios para garantizar el cubrimiento del 50% del costo del agua que le sea proporcionado a la señora María Isabel Ortiz y su grupo familiar como garantía mínima del recurso hídrico

Líbrese por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

COLOMBIA- Sentencia 4

Sentencia C-702/10

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTO LEGISLATIVO-Alcance de la competencia de la Corte Constitucional

ACCION PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTO LEGISLATIVO-Caducidad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR VICIO DE PROCEDIMIENTO-Omisión de consulta previa de comunidades étnicas para adopción de reforma constitucional que los afecta/NORMA DE ACTO LEGISLATIVO QUE MODIFICA CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE MINORIAS ETNICAS-Inconstitucional por omitir consulta previa de comunidades concernidas

Mediante Acto Legislativo 01 de 2009, se modifican y adicionan algunos artículos de la Constitución Política, y en su artículo 2º inciso 8º precisó lo relativo al artículo 108 de la Constitución y más exactamente lo relacionado con el acceso a la circunscripción especial de minorías étnicas y las circunstancias en las cuales los partidos y movimientos políticos que hayan obtenido su personería jurídica como producto de dicha circunscripción, pueden avalar candidatos para la misma, introduciendo restricciones que modifican las reglas de acceso de los candidatos al Congreso de la República avalados por los partidos políticos que gozan de personería jurídica por la circunscripción nacional especial de minorías étnicas, de donde resulta que la norma cuyo trámite de adopción se examina sí afecta en forma directa a las comunidades étnicas, por lo cual debió haber sido sometida a consulta previa, y su omisión en actos reformativos de la Constitución se erige en un vicio procedimental que se proyecta sustancialmente, por lo cual una disposición superior afectada por tal vicio puede ser demandada por razones de trámite en su aprobación, y habiéndose verificado que en el caso del inciso 8º del artículo 108 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2009 dicha consulta no se surtió, procede la declaratoria de inconstitucionalidad por vicios de trámite de dicha norma.

CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE MINORIAS ETNICAS-Objetivos/CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE MINORIAS ETNICAS-Modificación afecta en forma directa derecho de las comunidades étnicas/CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE MINORIAS ETNICAS-Modificación exige consulta previa de comunidades étnicas concernidas

Los objetivos perseguidos con la circunscripción especial de minorías étnicas fueron los de mejorar la representatividad del Congreso de la República, y reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, siendo, justamente, la circunscripción especial de las comunidades étnicas el mecanismo por excelencia para hacer realidad este doble propósito, al igual que ampliar los espacios de representación. De ahí que toda modificación que a dicha circunscripción se introduzca afecta en forma directa el derecho de las comunidades étnicas a elegir representantes para tal circunscripción especial consagrada a su favor por el constituyente de 1991, incidiendo en el derecho a la identidad cultural en el contexto de la participación política y debe ser sometida a consulta previa de las comunidades concernidas.

OMISION DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Naturaleza del vicio/OMISION DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS

ETNICOS EN TRAMITE DE ACTO LEGISLATIVO QUE LES CONCIERNE-Constituye un vicio formal que se proyecta sobre el contenido de las normas adoptadas

Repasada la línea jurisprudencial relativa al deber de consulta a las comunidades étnicas, en especial en lo concerniente a la adopción de medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos, y definido que las reglas jurisprudenciales sobre la consulta para la aprobación de leyes resultan aplicables a la aprobación de actos legislativos, pasa la Corte a estudiar con particular detenimiento las precisiones de esta Corporación en torno a la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad que puede generarse por la omisión de dicha consulta, resultando claro para la Corte que el ejercicio de participación ejecutado a través de la consulta previa constituye una garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos, y en sí misma se erige en un procedimiento, y su omisión se proyecta sobre el contenido material de las medidas que a través del procedimiento se lleguen a adoptar, que si bien tiene implicaciones de naturaleza sustantiva sobre las disposiciones legales que a través de él se aprueben, no lo convierte en un asunto de índole sustancial exclusivamente. Por lo tanto, la omisión del deber de consultar a las comunidades étnicas concernidas con la adopción de medidas legislativas se erige en un vicio de trámite con repercusiones sustanciales, o más precisamente, en un defecto procedimental sustantivo.

INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-Procedencia no sólo por violación de los requisitos del Título XIII de la Constitución/**CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO**-Consulta previa a comunidades indígenas/**CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO**-Hace parte del bloque de constitucionalidad

Si bien de conformidad con lo prescrito por el artículo 241 de la Constitución Política, en relación con los actos reformativos de la Carta, la competencia de la Corte se encuentra restringida al análisis de los “vicios de procedimiento en su formación”, y según las voces del artículo 379 superior, los actos legislativos sólo pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta, dentro de los que no se enumera la consulta a las comunidades étnicas para la adopción de reformas constitucionales que las afecten, resulta claro para la Sala que eso no significa que dicho control procedimental deba limitarse a verificar el trámite de aprobación del respectivo acto legislativo exclusivamente frente a lo dispuesto en dicho título de la Carta, pues como lo ha definido la jurisprudencia de esta Corporación, los parámetros de control del trámite de la reforma constitucional mediante acto legislativo no se agotan en lo dispuesto por Título XIII, sino que incluyen algunas otras normas constitucionales pertinentes y las disposiciones orgánicas contenidas en la Ley 5ª de 1992 que establezcan condiciones básicas y esenciales para la formación de la voluntad democrática de las cámaras legislativas cuyo desconocimiento genere una violación de los requisitos previstos en el Título XIII de la Constitución para la adopción de actos legislativos. Además, el alcance jurídico de todo este plexo normativo ha sido precisado mediante la interpretación auténtica llevada a cabo por la jurisprudencia de esta Corporación. En el caso concreto del procedimiento de consulta que debe ser seguido para la adopción de medidas legislativas que afecten a las comunidades étnicas, se tiene que el mismo, aunque no está recogido de manera expresa en ninguna norma de la Constitución ni en las disposiciones orgánicas que regulan el trámite de los actos legislativos, ha sido establecido como una exigencia previa de trámite, especialmente a partir de lo prescrito por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, norma integrante del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 superior, en concordancia con el artículo 330 superior y las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho a la participación efectiva, a la autonomía y a la libre determinación de los pueblos indígenas y afrocolombianos.

LEY-Sentidos del término

MEDIDAS LEGISLATIVAS-Alcance de la expresión

La noción de “medidas legislativas” es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política de Colombia.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-
Constituye un derecho fundamental

La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el deber constitucional de consultar a las comunidades étnicas tiene como causa jurídica el correlativo derecho de las mismas a participar en la adopción de las decisiones que directamente las afectan, derecho que en este caso ha sido estimado como de naturaleza fundamental y está radicado en cabeza del sujeto colectivo conformado por la respectiva comunidad étnica.

DERECHO A CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Naturaleza y alcance

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Conclusiones respecto de su exigibilidad.

En lo que tiene relación específica con el trámite de leyes que directamente afectan a las comunidades étnicas, pueden presentarse las siguientes conclusiones jurisprudenciales: i) El derecho fundamental de consulta previa de las comunidades étnicas también es exigible dentro del trámite legislativo; ii) El derecho fundamental de consulta previa en cabeza de las comunidades étnicas tiene lugar solamente respecto de aquellas iniciativas que puedan afectarlas directamente; iii) El Gobierno tiene el deber de promover la consulta de todo tipo de proyectos de ley, no sólo de aquellos que sean de su iniciativa; iv) La consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración; no obstante, durante el trámite legislativo en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe; v) La existencia de instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del Estado no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos de ley con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica; vi) El trámite de la consulta durante el trámite legislativo se somete al principio de la buena fe, “lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente”; vii) La consulta previa durante el trámite legislativo también debe ser guiada por el principio de oportunidad, que implica que se permita “una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”.

AUDIENCIAS PUBLICAS EN TRAMITE DE REFORMA CONSTITUCIONAL-No convalidan la consulta previa a las comunidades étnicas cuando dicho requisito se exige

Las audiencias públicas que se convocan durante el trámite de aprobación de una reforma constitucional no equivalen ni convalidan en forma alguna la consulta previa que, en las condiciones necesarias para satisfacer el derecho fundamental a la diversidad étnica, han debido realizarse, pues no otorgaron un espacio de participación efectivo y conducente para influir en la toma de la decisión normativa. En el presente caso, si bien observa la Sala que se realizaron algunas audiencias, ello no satisfacen el derecho fundamental de consulta en cabeza de las comunidades étnicas, por tratarse tan solo de mecanismos para el ejercicio del derecho general de participación, pero no procedimientos específicos de consulta directa a los grupos étnicos concernidos. Además, tales audiencias se cumplieron durante el trámite de la reforma constitucional y no antes de iniciarse tal proceso constituyente, por lo que no cumplen con el requisito conforme al cual la consulta ha de ser previa al proceso de adopción de la medida normativa de que se trate.

DEBER DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS-Reiteración de jurisprudencia

Referencia: expediente D-7988

Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 8º del artículo 2º del Acto Legislativo N° 01 de 2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*”.

Actores: Marcos Aníbal Avirama Avirama y Miguel Antonio Gálvis.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D. C., seis (6) de septiembre de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Mauricio González Cuervo -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

1. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Marcos Aníbal Avirama Avirama y Miguel Antonio Gálvis demandaron el inciso 8º del artículo 2º del Acto Legislativo No. 01 de 2009.

Mediante auto calendarado el 1º de febrero del año en curso, el Magistrado Sustanciador inadmitió la demanda por no cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991, por cuanto las razones expuestas para sustentar los cargos de inconstitucionalidad no eran suficientes ni específicas. En el mismo proveído, se advirtió respecto del cargo que denunciaba que la norma acusada implicaba un tratamiento desigual para los partidos y movimientos políticos que obtuvieran su personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas, con violación de los artículos 2²⁷⁶, 7²⁷⁷, 13²⁷⁸, y 103²⁷⁹ de la Constitución, que en cuanto era claro que “*el inciso 8 del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2009, va en plena contravía del espíritu de los constituyentes*”, los demandantes no explicaban por qué razón, con la reforma introducida por la disposición acusada, la Constitución ya no era la misma, sino que había sido substituida por otra nueva. Como la sola lectura del cargo lo revelaba, la acusación se dirigía a confrontar el acto reformativo con las normas constitucionales previas a su expedición, pero no a explicar porqué el Congreso había excedido sus competencias estrictamente reformativas, en ejercicio del poder constituyente secundario que la Carta ponía en sus manos.

Cumplido el término concedido para subsanar la demanda y corregidos algunos de los defectos, aquella fue admitida mediante auto de fecha 23 de febrero de 2010, pero sólo respecto del cargo por desconocimiento del artículo 93 de la Constitución Política, acusación según la cual en el trámite dado por el Congreso de la República al inciso 8º del Artículo 2º del Acto Legislativo N° 1 de 2009 se omitió dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 2, 3, 4 y 6 del Convenio 169 de la OIT “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”. El Magistrado Sustanciador verificó que este cargo fue formulado en oportunidad de conformidad con lo exigido por el artículo 379 de la Carta, es decir, dentro del año siguiente a la promulgación del acto legislativo. En efecto, el Acto Legislativo 01 de 2009 fue promulgado el 14 de julio de 2009 y la demanda radicada en esta Corporación el 7 de diciembre del mismo año, es decir, aproximadamente cinco meses después.

Los demás cargos presentados fueron rechazados, pues después de haber revisado el escrito de corrección presentado por los demandantes, el Magistrado Sustanciador observó que, tras la corrección, algunos de los cargos de inconstitucionalidad formulados continuaban incumpliendo

²⁷⁶ Esta disposición se estima vulnerada en el aparte que reza: “Son fines esenciales del Estado: ... facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación...”

²⁷⁷ C.P. ARTÍCULO 7. “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

²⁷⁸ C.P. ARTÍCULO 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.”

²⁷⁹ C.P. ARTÍCULO 103. “Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan”.

las exigencias argumentativas planteadas por la jurisprudencia constitucional relativa a las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra actos legislativos.

De manera concreta, el Magistrado Sustanciador encontró que los cargos de inconstitucionalidad esgrimidos en contra del inciso 8° del Artículo 2° del acto Legislativo N° 1 de 2009, por violación de los artículos 2°, 7° y 13 de la Constitución Política y de varios tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia pertenecientes al llamado “*bloque de constitucionalidad*”, continuaban siendo sustentados en razones *insuficientes*, pues no explicaba en forma alguna por qué con la adopción de la reforma constitucional contenida en la norma acusada, la Constitución Política ha sido *sustituida* por otra nueva. Dichas razones, después de la corrección de la demanda, continuaban planteando tan solo una contradicción normativa entre la disposición acusada y normas de rango constitucional, pero no explicaban por qué el Congreso de la República había excedido el *límite competencial* del poder de reforma constitucional que le asiste.

En virtud de lo anterior, en la parte resolutive del auto de 23 de febrero de 2010, el Magistrado Sustanciador resolvió, entre otras cosas:

“PRIMERO. ADMITIR la demanda presentada por los ciudadanos Marcos Aníbal Avirama Avirama y Miguel Antonio Gálvis, radicada bajo el número D-7988, respecto del cargo esgrimido por desconocimiento del artículo 93 de la Constitución Política, por cuanto en el trámite dado por el Congreso de la República al inciso 8° del Artículo 2° del Acto Legislativo N° 1 de 2009 se omitió dar cumplimiento lo dispuesto por los artículos 2, 3, 4 y 6 del Convenio N° 169 de la OIT, “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”.

“SEGUNDO: RECHAZAR la misma demanda respecto de los demás cargos presentados.

“TERCERO: ADVERTIR a los demandantes que contra el rechazo aquí dispuesto procede el recurso de súplica, el cual podrá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación de la presente providencia”.²⁸⁰

2. NORMA DEMANDADA

²⁸⁰ En los numerales siguientes se comunicó el proceso y se invitó a participar en él a las siguientes entidades:

“CUARTO: COMUNICAR el presente proceso al Ministerio del Interior y de Justicia, al señor Defensor del Pueblo y a los presidentes de las Comisiones Constitucionales de Derechos Humanos del Senado de la República y de la Cámara de Representantes para que, en el término establecido en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, expresen lo que estimen pertinente.

“QUINTO: INVITAR a los partidos o movimientos políticos Alianza Social Indígena -ASI-, Autoridades Indígenas de Colombia -AICO-, Alianza Social Afrocolombiana -ASA- y al Movimiento Nacional Afrocolombiano -AFRO-, así como a la Organización Indígena de Colombia -ONIC-, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, la Facultad de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, para que, en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la comunicación del presente auto, si lo estiman conveniente participen en el debate jurídico que por este juicio se propicia”.

A continuación se transcribe el texto completo de la disposición demandada, dentro del cual se subraya y resalta el inciso concretamente acusado de inconstitucionalidad:

“ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2009

(julio 14)

“Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009

“Por el cual se modifican y adicionan algunos artículos de la Constitución Política de Colombia

“EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

“...

“ARTÍCULO 2o. *El artículo 108 de la Constitución Política quedará así:*

“El Consejo Nacional Electoral reconocerá Personería Jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.

“También será causal de pérdida de la Personería Jurídica de los partidos y movimientos políticos si estos no celebran por lo menos durante cada dos (2) años convenciones que posibiliten a sus miembros influir en la toma de las decisiones más importantes de la organización política.

“Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

“Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

“Toda inscripción de candidato incurso en causal de inhabilidad, será revocada por el Consejo Nacional Electoral con respeto al debido proceso.

“Los Estatutos de los Partidos y Movimientos Políticos regularán lo atinente a su Régimen Disciplinario Interno. Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo Partido o Movimiento Político o grupo significativo de ciudadanos

actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas.

“Los Estatutos Internos de los Partidos y Movimientos Políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del Congresista, Diputado, Concejal o Edil por el resto del período para el cual fue elegido.

“Los Partidos y Movimientos Políticos que habiendo obtenido su Personería Jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas podrán avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción.

“PARÁGRAFO Transitorio. Para las elecciones al Congreso de la República a celebrarse en 2010, el porcentaje a que se refiere el inciso primero del presente artículo será del dos por ciento (2%), y no se requerirá del requisito de inscripción con un año de antelación del que habla el inciso 8o.”

3. LA DEMANDA

En relación con el cargo admitido, en resumen, la demanda expresa lo siguiente:

Según criterio de los demandantes, el texto normativo acusado viola el artículo 93 de la Constitución Política, por desconocimiento de los artículos 2, 3, 4 y 6 del Convenio N° 169 de la OIT “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”.

Afirman los demandantes que dentro del trámite del Acto Legislativo 01 de 2009, el Congreso debió realizar una consulta a las comunidades indígenas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT²⁸¹, como requisito para aprobar el inciso octavo del artículo segundo de dicho acto legislativo. Al no haberlo hecho, claramente se presenta un vicio de trámite en la aprobación de dicha reforma constitucional.

²⁸¹ **Convenio 169 de la OIT, Artículo 6:**

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Consideran que la audiencia para consulta se debió realizar con *“los congresistas que representan a las minorías en esa corporación, con los presidentes o representantes de los partidos políticos que hoy representan a las minorías y que son los directos afectados con la norma denunciada; con los directivos de las organizaciones nacionales y regionales indígenas y afrodescendientes; con autoridades nacionales responsables del tema étnico, los derechos humanos, las libertades civiles, así como convocar expertos interesados en el tema a nivel nacional e internacional”*.

Destacan que dado que el Acto Legislativo 01 de 2009 fue sancionado el 14 de julio de ese año, la demanda ha sido interpuesta en forma oportuna, es decir, antes de cumplirse el término de caducidad que señala el artículo 242 de la Constitución Política para la formulación de cargos por vicios de forma.

Manifiestan que la presente demanda de inconstitucionalidad constituye *“el paso previo a la denuncia de violación y recorte de los derechos políticos de las minorías étnicas por parte, ya no de los congresistas de la coalición del gobierno, sino ahora por parte del Estado Colombiano”*.

4. INTERVENCIONES

4.1. MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

Dentro del término de fijación en lista, intervino en este asunto el ciudadano Fernando Gómez Mejía, Director de Ordenamiento Jurídico del Ministerio de la referencia, para solicitarle a la Corte un fallo inhibitorio. Las razones en las que apoya su solicitud son las siguientes:

Recuerda, en primer lugar, que la Corte Constitucional únicamente es competente para conocer de los actos legislativos por vicios de procedimiento en su formación, es decir, que sólo podrán declararse inconstitucionales si violan los requisitos señalados en los artículos 374 al 380 de la Carta Política.

De acuerdo con lo anterior, sostiene el interviniente que es necesario determinar si la omisión de la consulta previa para adoptar la medida legislativa acusada, constituye un vicio de procedimiento en la formación de dicha disposición, o si por el contrario se trata de un vicio de carácter material, caso en el cual no tendría competencia esta Corte para examinar la constitucionalidad de la norma.

Luego de citar la jurisprudencia relativa al asunto²⁸², el ciudadano interviniente concluye que el cargo esgrimido por los demandantes no se refiere a un vicio de formación en el trámite del Acto Legislativo en el cual está contenida la disposición acusada, sino a uno de carácter material, ya que se trata de un defecto que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen. Alega que el vicio *“se circunscribe a la antesala de la iniciación formal de los debates en el Congreso, descartándose de plano cualquier alusión a vicios de forma en estricto sentido”*.

²⁸² Sentencias C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva y C-891 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Finaliza manifestando que debido a la naturaleza de derecho fundamental de la consulta previa, cualquier desconocimiento de dicho derecho implica un examen de constitucionalidad material, para lo cual no tiene competencia la Corte Constitucional.

4.2. UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

El ciudadano Genaro Alfonso Sánchez Moncaleano, decano (e) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, estando dentro del término de fijación en lista, intervino para solicitar que la Corte se declare inhibida por inepta demanda, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, el interviniente realiza un recuento de la doctrina vertida por esta Corporación en materia de revisión de actos legislativos por la presunta sustitución de la Constitución y concluye que, de acuerdo con dicha jurisprudencia, cuando se predique la sustitución de la Constitución, las demandas deben cumplir con los requisitos de claridad, pertinencia y suficiencia, mediante la demostración concreta, clara y específica del modo como ha operado la comentada sustitución.

Según criterio del interviniente, la presente demanda, aun después de corregida, no cumple con los requisitos procesales necesarios para permitir su estudio, ya que no se indican en ella ni los *“elementos definitorios de la Constitución sustituidos, ni contempla de forma clara, el elemento novedoso introducido, ni mucho menos indica la forma en que tal o tales elementos varían el régimen constitucional. De hecho, se extraña de manera determinante los fundamentos que concreten una mutación del sistema constitucional colombiano. El demandante se limita a oponer los derechos fundamentales que considera violados por el inciso demandado, sin considerar las formas especiales a que debe obedecer el análisis de la competencia del Legislador en la aprobación de actos legislativos”*.

Por esta razón, considera que la Corte debe declararse inhibida para el estudio de la demanda incoada.

Sin embargo, manifiesta que en caso de que la Corte encuentre oportuno el estudio de la demanda por los cargos esgrimidos, considera pertinente abordar la noción de lo que sería el bloque de constitucionalidad aplicable en la materia y realizar un test de igualdad sobre la exigencia de la afiliación a un partido o movimiento político de minorías étnicas con una antelación no inferior a un año respecto de la fecha de inscripción de la candidatura.

En relación con el bloque de constitucionalidad aplicable, señala que la Ley 649 de 2001 debe entenderse incluida dentro de dicho concepto en sentido lato, por ser de naturaleza estatutaria; dicha ley, agrega, concretamente en su artículo 2° *“ya había incluido condiciones especiales para la elección de candidatos avalados por alguna de las circunscripciones especiales reconocidas por la Constitución”*, pues había indicado que para esos efectos era menester haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena. Recordado lo anterior, señala que *“resulta de la naturaleza misma de las circunscripciones mencionadas,... que los candidatos deberán en todo caso cumplir con requisitos más exigentes respondiendo a la especial categoría de circunscripción nacional especial”*.

En consecuencia, expone que “*no es cierto que los partidos o movimientos políticos de la circunscripción especial de minorías étnicas, podrán avalar candidatos ‘sin más requisitos que su afiliación a dicho partido’*, como lo estatuye el aparte inmediatamente anterior al demandado, pues los requisitos que hacen parte de la ley 649 de 2001, como parte integrante del bloque de constitucionalidad en sentido lato no pudieron ser derogados por el Acto Legislativo 01 de 2009. Por lo que el requisito de afiliación en el tiempo –un año– se une a los requisitos de calidades del candidato –ser líder o autoridad tradicional de la comunidad–.” Agrega entonces que el verdadero sentido de la disposición constitucional demandada no es otro que el de complementar la protección legal estatutaria de la circunscripción especial.

Respecto del test de igualdad, considera que el objetivo perseguido por la norma es claro: blindar a los partidos y movimientos políticos de la circunscripción especial del ingreso irracional de candidatos que ven convenientes el aval de dichos movimientos, sin albergar el sentimiento de identidad con esas comunidades. Al mismo tiempo, expresa que desde la perspectiva constitucional dicho objetivo es razonable, necesario y proporcionado, por lo que concluye que el aparte demandado es exequible.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación intervino dentro de la oportunidad legal prevista con el fin de solicitar que se declare la inexecutable del inciso demandado.

Tras recordar y comentar la jurisprudencia sentada por esta Corporación judicial respecto del tema de la consulta a las comunidades indígenas para la adopción de medidas que les conciernen, la vista fiscal destaca que “*el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental que busca proteger el disfrute de los derechos colectivos, económicos, políticos y culturales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, y que pretende establecer canales de comunicación y deliberación entre el Gobierno y estos colectivos, en las decisiones de carácter legislativo y administrativo que les afecten*”.

En cuanto a la reforma constitucional del artículo 108 superior, el Procurador señala que es evidente que en el proceso de discusión y aprobación del Acto Legislativo cuestionado no se realizó la consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, razón por la que es preciso determinar si esa omisión constituyó una trasgresión de los compromisos estatales.

De acuerdo con lo anterior, señala el señor Procurador que las condiciones para avalar candidatos por parte de los partidos políticos minoritarios configura “*una pieza destacada en el engranaje de la representación de estos grupos*”, razón por la que la modificación de las reglas de acceso de los candidatos por la circunscripción nacional especial afecta directamente la preservación de la identidad y permanencia de dicha población, al someter a nuevas condiciones la representación política de las minorías étnicas y la autonomía de las comunidades para seleccionar sus candidatos.

Considera además que este asunto incide en “*los intereses más propios de las comunidades diferenciadas por razones étnicas, y por tanto exigía la previa participación, conocimiento y deliberación informada de los representantes de las minorías étnicas*”, hecho que no podía pasar inadvertido por el Gobierno al impulsar esta reforma constitucional.

Igualmente, aunque reconoce que la Corte no se ha ocupado del deber de consulta en las reformas constitucionales y que el mismo se ha circunscrito frente a *“medidas legislativas y administrativas”*, la vista fiscal *“entiende que el término ‘medidas legislativas’ es amplio y genérico, y por tanto incluye cualquier normatividad que interfiera en sus derechos fundamentales, colectivos, culturales y políticos”*.

Expresa que aunque existen precedentes jurisprudenciales que indican que la omisión de consulta se erige en un vicio sustancial, el argumento de que no realizar la consulta afecta el contenido material de la disposición normativa no es óbice para valorar que el legislador incurrió en un vicio de trámite en el procedimiento de reforma constitucional, por cuanto mediante este proceso se garantiza el ejercicio del derecho fundamental de las comunidades étnicas, por lo cual difícilmente se puede sostener que su inobservancia no vulnera el proceso de discusión y aprobación del Acto Legislativo.

En consecuencia, el Ministerio Público encuentra que al omitirse la consulta previa sobre aspectos que incidían en forma directa en la participación política de las comunidades indígenas y afrodescendientes, se incurrió en un vicio de procedimiento en la formación del Acto Legislativo 01 de 2009 y se violó la Constitución y los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano.

6. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante auto de veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010), el magistrado sustanciador, considerando que para adoptar la decisión a tomar dentro del presente proceso se hacía necesario profundizar en el conocimiento de los trámites que antecedieron a la expedición del Acto Legislativo N° 1 de 2009, solicitó al señor Presidente del Congreso de la República que informara *“si para la adopción del inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 1 de 2009 fueron consultadas las minorías étnicas que podían resultar afectadas con la nueva disposición constitucional”*.

En respuesta a la anterior solicitud, el señor Secretario de la Comisión Primera del Senado de la República, Guillermo León Giraldo Gil, informó que en el trámite dado al proyecto de acto legislativo en la Comisión Primera del Senado *“se celebraron sendas Audiencias Públicas, en primera y segunda vuelta, en las que se invitó a participar a todas las personas naturales y jurídicas interesadas en esa iniciativa, mediante aviso en el Canal del Congreso y en un periódico de circulación nacional. Las Audiencias Públicas celebradas sobre esta iniciativa son: PRIMERA VUELTA: Audiencia Pública realizada el 16 de noviembre de 2008, publicada en la Gaceta del Congreso N° 184/09.*

SEGUNDA VUELTA: Audiencia Pública realizada el 20 de mayo de 2009, publicada en la Gaceta del Congreso N° 717/09”.

7. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

7.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo prescrito por el numeral 1° del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para resolver sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por tratarse de un acto reformativo de la Constitución Política.

7.2. EL PROBLEMA JURÍDICO QUE PROPONE LA DEMANDA

7.2.1. Los demandantes estiman que cuando el Congreso de la República, obrando como titular del poder constituyente derivado, mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2009 agregó el inciso 8° al artículo 108 de la Constitución Política, inciso que dispone que los partidos y movimientos políticos que hayan obtenido su personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas pueden avalar candidatos *“sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción”*, incurrió en un vicio de trámite que desconoce los artículos 2, 3, 4 y 6 del Convenio N° 169 de la OIT *“sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Aseguran que este Convenio, particularmente su artículo 6°, obligaba a consultar a las comunidades étnicas concernidas, antes de la adopción de la norma constitucional comentada. Agrega la demanda que esta omisión de consulta desconoció también el artículo 93 superior, relativo al llamado *“bloque de constitucionalidad”*.

Como se dejó explicado anteriormente, la omisión de la consulta previa para la adopción de la norma demandada así mismo fue acusada por los actores de violar los artículos 2, 7, 13, y 103 de la Constitución, por cuanto para ellos era claro que *“el inciso 8 del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2009, va en plena contravía del espíritu de los constituyentes”*; no obstante, dado que los demandantes no explicaron por qué razón con la adopción de la norma cuestionada el Congreso habría excedido sus competencias estrictamente reformativas, llegando a producir una sustitución de la Constitución, la demanda fue admitida únicamente por el estricto vicio de trámite consistente en la omisión de la consulta previa, mas no como una acusación fundada en la extralimitación competencial del Congreso al haber producido una sustitución de la Constitución.

7.2.2. A juicio de uno de los intervinientes, cuando se omite cumplir con el requisito de consulta previa a las comunidades étnicas concernidas con la adopción de una norma jurídica, el vicio que se presenta no es de carácter formal sino material, pues así ha sido establecido por la jurisprudencia de esta Corporación. En tal virtud, la Corte no es competente para analizarlo, pues conforme al numeral 1° del artículo 241 de la Carta, sólo tiene facultades para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, por vicios de procedimiento en su formación.

Para el otro ciudadano que interviene dentro del proceso, la demanda denuncia un vicio de sustitución de la Constitución, pero no cumple con los requisitos jurisprudenciales para tal tipo de acusaciones. En tal virtud, como petición principal, solicita que se profiera un fallo inhibitorio.

7.2.3. Por su parte, la vista fiscal estima que la modificación de las reglas de acceso de los candidatos por la circunscripción especial nacional es una medida normativa que afecta directamente la preservación de la identidad y permanencia de los grupos étnicos minoritarios, por lo cual ha debido ser sometida a consulta previa. Agrega que aunque la Corte no se ha ocupado de definir la naturaleza del vicio de omisión de consulta a las comunidades étnicas para el caso de las reformas constitucionales, existen precedentes jurisprudenciales que indicarían que tal omisión de consulta se erige en un vicio sustancial; no obstante lo anterior, considera que la inobservancia de este requisito vulnera el proceso de discusión y aprobación del Acto Legislativo demandado, por lo cual estima que se presenta un clásico vicio de trámite que debe llevar a la declaración de inexecutable de la norma acusada.

7.2.4. Así las cosas, el problema jurídico que debe resolver la Corte en esta ocasión es si la omisión de la consulta previa a las comunidades étnicas para la adopción de una norma constitucional que les concierne, constituye un vicio de trámite susceptible de hacer formalmente inexecutable la norma superior así adoptada. En caso de llegar a establecerse que dicha omisión sí constituye un vicio formal, la Sala deberá determinar si la norma acusada afecta a las comunidades étnicas y, de ser así, tendrá que verificar en los antecedentes del Acto Legislativo N° 1 de 2009 si las comunidades étnicas fueron o no consultadas para la adopción del inciso 8° del artículo 2.

Para los anteriores efectos, la Sala estudiará los siguientes asuntos: **(i)** la jurisprudencia relativa al deber de consulta a las comunidades étnicas; **(ii)** la aplicabilidad al trámite de los actos legislativos, de la doctrina constitucional sobre consulta previa a las comunidades étnicas durante el trámite de las leyes; **(iii)** la naturaleza del vicio de omisión de consulta a las comunidades étnicas para la adopción de todo tipo de medidas normativas; **(iv)** el alcance de la norma constitucional contenida en el inciso 8° del Acto Legislativo N° 1 de 2009 y su capacidad para afectar directamente a las comunidades étnicas; y **(v)** el cumplimiento o la omisión del deber de efectuar la consulta previa a las comunidades concernidas para la adopción de la norma demandada.

7.3. EL DEBER DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

En diversas oportunidades, tanto en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad²⁸³ como en sede de tutela²⁸⁴, esta Corporación judicial ha tenido ocasión de referirse al deber de efectuar una consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes para la adopción de medidas normativas o administrativas que directamente las afecten. En las líneas siguientes se recordarán, en lo que resulta especialmente pertinente para la definición del presente proceso, los aspectos centrales de esta doctrina constitucional que ahora debe ser reiterada.

²⁸³ Consúltese, entre otras, las sentencias C-418 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

²⁸⁴ Consúltese, entre otras, las sentencias SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, T-737 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Gálvis y T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

7.3.1. El fundamento constitucional y la naturaleza jurídica del derecho de consulta de las comunidades étnicas para la adopción de las decisiones que directamente les conciernen.

Sea lo primero anticipar que la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el deber constitucional de consultar a las comunidades étnicas tiene como causa jurídica el correlativo derecho de las mismas a participar en la adopción de las decisiones que directamente las afectan, derecho que en este caso ha sido estimado como de naturaleza fundamental y está radicado en cabeza del sujeto colectivo conformado por la respectiva comunidad étnica²⁸⁵. El fundamento teórico de la doctrina constitucional que estima que el derecho de consulta de las comunidades étnicas es de naturaleza *fundamental*, toma pie en el carácter pluriétnico y multicultural de la Nación colombiana reconocido y protegido por la Carta²⁸⁶, así como en el sello participativo de nuestra democracia²⁸⁷ y en el derecho de las comunidades a autodeterminarse. Ciertamente, en las sociedades pluralistas y multiculturales como la que postula la Constitución que nos rige, se debe abrir espacio a los valores e intereses de todos los grupos y no sólo a los de la mayoría, a la inclusión y a la recepción de las minorías, al respeto a las diferencias y a la tolerancia social de aquellos grupos que presentan rasgos culturales distintivos que los diferencian de la cultura predominante. Para esos efectos, la participación ciudadana es el vehículo por excelencia que permite a estos grupos minoritarios expresar tales valores e intereses culturales diversos, a fin de que los mismos sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar decisiones que directamente les conciernen y de esta manera se logre cumplir el objetivo constitucional de proteger la integridad cultural de tales comunidades²⁸⁸. Por esa razón, el propio artículo 40 superior, ubicado en el Capítulo I del Título II, titulado “*De los Derechos Fundamentales*”, incluye dentro del catálogo de tales derechos el de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político. Como la consulta a las comunidades étnicas es una forma de participación²⁸⁹, dicha consulta en sí misma considerada ha sido estimada por esta Corporación judicial como un derecho fundamental de dichos entes colectivos, cuando se trate de la adopción de decisiones que directamente les afecten.

Debe recordarse también, que la Corte ha puesto especial énfasis en hacer ver que el carácter participativo del modelo democrático cuenta con una protección constitucional reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que afectan *directamente* a las comunidades indígenas y afrodescendientes²⁹⁰; protección que se ve plasmada en varios instrumentos previstos en la Constitución para que, a través de diversos mecanismos de participación, se logre preservar la identidad de las comunidades étnicas y tradicionales²⁹¹. También ha destacado la Corte, que esa protección constitucional

²⁸⁵ Sobre la naturaleza fundamental de este derecho se pueden ver, entre otras, las sentencias C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-418 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²⁸⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 7°:** “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”.

²⁸⁷ Cfr. Constitución Política, Preámbulo y artículos 1°, 2°, 40, y 103, entre otros.

²⁸⁸ Cfr. Sentencias C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁸⁹ En la sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte explicó que “*en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios*”.

²⁹⁰ Cfr. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica número 7.

²⁹¹ Sobre estos mecanismos de participación previstos en la Constitución especialmente para la preservación de la identidad cultural de las comunidades indígenas, en la citada Sentencia C-175 de 2009 se mencionaron los siguientes: “(i) la

reforzada se hace efectiva de manera especial mediante el deber estatal de adelantar procesos de consulta a las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que *directamente* puedan afectarles, deber que no es otra cosa sino “*el desarrollo del artículo primero de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa, del artículo 2º, que establece como finalidad del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática y del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad*”.²⁹²

7.3.2. El derecho a la consulta previa en las normas del Derecho Internacional.

Además de la anterior preceptiva constitucional, la Corte ha reparado en que existen normas de Derecho Internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad conforme a las cuales la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectar *directamente* a las comunidades étnicas se erige en un derecho de las mismas. Con base en esta preceptiva internacional, la Corporación ha consolidado un precedente jurisprudencial sobre el contenido, alcance, requisitos y consecuencias jurídicas del derecho a la consulta²⁹³, que ha sido recogido de manera particular en las sentencias C-030 de 2008²⁹⁴, C-461 de 2008²⁹⁵ y C-175 de 2009²⁹⁶.

Concretamente, la Corte se ha referido a lo previsto por los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”, aprobado por la Ley 21 de 1991, Convenio que reiteradamente ha sido considerado como parte integrante del bloque de constitucionalidad.²⁹⁷ Los artículos 6 y 7 del mencionado Convenio rezan así:

necesidad de que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (Art. 329 C.P.); (ii) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos (ejusdem); y (iii) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello, el Gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330, parágrafo C.P.).”

²⁹² Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹³ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-737 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, T-880 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, C-208 de 2007 M.P. Rodrigo escobar Gil, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

²⁹⁴ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹⁵ En esta sentencia, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151/07, “*por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo*”, en el entendido que “*se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específicas exigida en el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello en la jurisprudencia constitucional.*”

²⁹⁶ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva

²⁹⁷ Sobre este tema, en la Sentencia SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, la Corte explicó: “*Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de*

“Artículo 6

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

“a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

“b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

“c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

“2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

“Artículo 7

“1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

“2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas

recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad. || Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana – artículos 1° y 7° C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.”

regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

“3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

“4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

7.3.3. Implicaciones del Convenio 169 de la OIT en materia de consulta a las comunidades indígenas

Refiriéndose a las implicaciones del Convenio 169 de la OIT en la adopción de aquellas decisiones que conciernen directamente a los pueblos indígenas y tribales, en la Sentencia T-737 de 2005²⁹⁸, la Corte precisó que el mecanismo de consulta previsto en sus artículos 6 y 7 debe surtirse no solamente cuando se trate de la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino también en **“todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena.”**²⁹⁹ (Negrillas fuera del original).

Más adelante, en la Sentencia C-030 de 2008³⁰⁰, la Corte recordó cuál era el propósito que había originado la adopción del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.³⁰¹ Al respecto, reiteró que el Convenio fue adoptado *“con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado”.* Dentro de este contexto, la mencionada Sentencia recabó en que para el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, el mismo Convenio 169 en sus artículos 6 y 7 enfatizaba

²⁹⁸ M.P. Álvaro Tafur Galvis

²⁹⁹ Esta posición fue reiterada en las sentencias SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis y T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁰⁰ M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta Sentencia la Corte declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 *“por la cual se expide la Ley General Forestal”*, por haberse omitido durante el trámite parlamentario, cumplir con el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afro descendientes. Los demandantes consideraban que la omisión de dicha consulta, en ese caso, desconocía diversas normas constitucionales³⁰⁰ y también el transcrito artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

³⁰¹ Esta explicación ya había sido dada por la Corte en la Sentencia SU-383 de 2003.

en la necesidad de establecer mecanismos adecuados de consulta, que permitieran a estos pueblos “... *decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural*”.³⁰²

Respecto de las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente y no de manera general a las comunidades indígenas y tribales, la Sentencia C-030 de 2008³⁰³ reiteró la doctrina sentada por la Corte, conforme a la cual el deber de consulta en este caso “*es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura*”³⁰⁴ y que, **cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela**, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.³⁰⁵(Negritillas fuera del original)

Analizando de manera concreta el alcance normativo del artículo 6° del Convenio 169, la Corte en esta oportunidad hizo ver que era posible distinguir en esta disposición dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales, a saber: **“Por un lado, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos”**. (Negritillas fuera del original) Así las cosas, en la aplicación del Convenio, cabía distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: **“el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta”**. (Negritillas y subrayas fuera del original)

En relación con la naturaleza y los alcances del derecho a consulta de las comunidades étnicas, en la Sentencia C-461 de 2008³⁰⁶, la Corte explicó que tal consulta “*no es un proceso adversarial en el que las autoridades se contraponen a los grupos étnicos*”, y reiteró que “...*el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo.*”³⁰⁷ Por lo anterior, “cuando después de un

³⁰² Convenio 169, artículo 7

³⁰³ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰⁴ Sentencia C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰⁵ Ibídem.

³⁰⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁰⁷ Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no haya sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto”.

Precisando los alcances del principio de buena fe en la realización de la consulta, la Corte en este mismo fallo indicó que *“la realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados. De allí que se deba proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos que se pretende desarrollar en sus territorios, y que el objetivo fundamental del proceso participativo sea llegar a un acuerdo con tales pueblos, para proceder con el proyecto con respeto por sus derechos colectivos fundamentales”*³⁰⁸.

Sobre la manera de adelantar la consulta, señaló que ésta *“habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad”*³⁰⁹.

Sobre las medidas gubernamentales que han sido expedidas con el propósito de adelantar consultas con las comunidades étnicas, el fallo en comento señaló que *“las normas generales contenidas en las leyes del Congreso que tocan la materia o en los distintos decretos generales expedidos por el Gobierno Nacional reglamentando el tema de la consulta previa,³¹⁰ constituyen “pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado” cuya compatibilidad con los derechos fundamentales de los pueblos implicados y con el objetivo esencial del proceso de consulta, ha de ser evaluada en cada caso concreto”*.

Finalmente, sobre el ejercicio de participación ejecutado a través de la consulta previa, la misma providencia señaló que se trataba de ***“una garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos”***.

³⁰⁸ En este punto la providencia reiteró la jurisprudencia sentada en la Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, en donde se dijo que *“...Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, entonces, las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que [los pueblos afectados] sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales. (...) Y que también conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas.”*

³⁰⁹ En este punto la Corte reiteró la jurisprudencia sentada en la sentencia T-737 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis, en donde se dijo: *“el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”*.

³¹⁰ Estas normas incluyen los Decretos 1397 de 1996 y 1320 de 1998, así como las Leyes 99 de 1993, 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de 1995 y 685 de 2001, entre otras.

7.3.4. La consulta a las comunidades indígenas dentro del contexto del trámite legislativo

Ahora bien, en la Sentencia T-382 de 2006³¹¹, la Corte se refirió de manera concreta al derecho de consulta de las comunidades indígenas dentro del contexto del trámite legislativo. En esta providencia, tras hacer un recuento de la jurisprudencia relevante, la Corporación concluyó que “...el derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo”. En cuanto a la forma de ejercer dicho derecho en tal contexto, agregó que “*tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa*”. A vía de ejemplo de lo que pudiera ser la forma de implementar la consulta dentro del trámite legislativo, la sentencia en comento señaló que “... el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo más universal posible alrededor de la medida legislativa.”

Más adelante, en la citada la Sentencia C-030 de 2008³¹², la Corporación avanzó en la precisión del alcance y contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar a las comunidades indígenas, aún cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios o a la delimitación de los mismos territorios. Sobre el particular, la sentencia extrajo las siguientes conclusiones relevantes, a saber:

- (i) Tratándose específicamente de medidas legislativas, el deber de consulta “no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas **directamente**”³¹³;
- (ii) En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta, “en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta **se somete al principio de la buena fe**, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea **efectiva y conducente**, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean **oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.**”³¹⁴

³¹¹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

³¹² M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³¹³ Negrillas y subrayas fuera del original

³¹⁴ Negrillas y subrayas fuera del original

- (iii) En lo concerniente al momento concreto en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo, la sentencia expresó:

*“(…)En primer lugar **debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo.** El convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas.*

De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?

Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

*En la Sentencia C-891 de 2002 la Corte fijó unas pautas para la consulta que debe realizarse en relación con los proyectos de iniciativa gubernamental, y al efecto señaló, en primer lugar que “[n]o es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones”, pero que, sin embargo “... es claro que, en ese caso, **la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso**”.*

*Expresó la Corte que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que **antes** de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, sus texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.*

*En esa oportunidad la Corte advirtió, por un lado, que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que **en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe**, sino que, por el contrario, allí los pueblos indígenas cuentan con un espacio de discusión y participación en el marco de un Estado democrático, en el que pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos, y, por otro, que **“... la consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley;** destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.”³¹⁵*

- (iv) Sobre la consecuencia jurídica de la omisión del deber de consulta, aparte de la responsabilidad internacional del Estado por la inobservancia del Convenio 169 de la OIT, en la medida en que el deber de consulta ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, la sentencia en comento concluyó que *“tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque ... el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, **comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley**”*. (Negrillas y subrayas fuera del original)

También en relación con el derecho de consulta dentro del contexto del trámite legislativo, en la sentencia C-461 de 2008³¹⁶, la Corte analizó si resultaba obligatorio o no realizar consulta previa con los grupos étnicos respecto de la ley contentiva del Plan Nacional de Desarrollo. Al respecto encontró que era necesario tener en cuenta que el contenido de esta ley tiene niveles distintos de generalidad y que, específicamente en la parte constitutiva del Plan Nacional de Inversiones Públicas, era necesario examinar cada uno de los programas, proyectos y presupuestos plurianuales que lo conforman, *“para efectos de establecer si tal programa, proyecto o presupuesto plurianual tendrá una incidencia directa y específica sobre los grupos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país”*. Es decir, a juicio de la Corte, era necesario verificar si cada programa, proyecto o presupuesto plurianual individualmente considerado constituía una de las medidas *“susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”*^{317 318}.

³¹⁵ Sentencia C-891 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

³¹⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹⁷ Sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil

³¹⁸ En esta providencia la Corte halló que varios proyectos incluidos en la Ley 1151 de 2007 –contentiva del plan de desarrollo 2006-2010, eran *“susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes que residen en las zonas donde estos habrán de ser ejecutados”*. Dado que se constató que no se había realizado la consulta previa del proyecto de ley, o de los proyectos de obra, antes de su inclusión en este instrumento

En esta misma providencia la Corte analizó si la existencia del Consejo Nacional de Planeación –dentro del cual están representados los grupos indígenas- y el papel del mismo en preparación del proyecto de Plan Nacional de Desarrollo, hacía innecesaria la consulta a dichas comunidades para la adopción de la respectiva ley. Al respecto, la sentencia consideró que *“tal representación no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos concretos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica”*.³¹⁹

Más recientemente, en la Sentencia C-175 de 2009³²⁰, la Corte reiteró que para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta resulta obligatoria sólo respecto de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar *directamente* los intereses de las comunidades. Por lo tanto, *“aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses. Debe aclararse, por supuesto, que en los casos en que la medida legislativa no afecte*

legislativo, se presentaba un vicio que impedía declarar exequible la totalidad de la ley; no obstante, tampoco era procedente declarar inexecutable como un todo la Ley 1151 de 2007, por cuanto *“(a) ésta contiene numerosas disposiciones diferentes, con distintos grados de generalidad, en relación con las cuales no existe un deber estatal de adelantar consulta previa con los grupos indígenas del país, (b) por ser separables de los artículos que conciernen directa y específicamente a los pueblos indígenas, y (c) por ser completamente ajenos a su ámbito de protección”*. Así las cosas, la Corte consideró que era procedente declarar que la Ley 1151 de 2007 era exequible, siempre y cuando se suspendiera ***“la ejecución de los proyectos -y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales- incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia”***. (Negrillas del original). Sobre la forma en la cual debería adelantarse tal consulta, la Corte dijo: *“La determinación de cuáles son los proyectos o programas incluidos dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que deben agotar el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas, es una responsabilidad del Gobierno Nacional, por ser el respectivo proyecto de ley de su iniciativa. Sin embargo, en relación con los proyectos concretos respecto de los cuales se considere que no han cumplido con dicha condición –al estar de por medio la protección de derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros individualmente considerados-, se encuentra abierta en cada caso la vía de la acción de tutela, en el evento en que las comunidades indígenas, después de haber solicitado la realización de la consulta previa, invocando la presente sentencia, reciban una respuesta negativa. Si un proyecto específico ya fue sometido a una consulta previa que haya respetado las pautas trazadas en las normas aplicables y en la jurisprudencia constitucional, no será necesario realizar una nueva consulta. No obstante, si la consulta no respetó tales pautas, debe efectuarse una nueva cumpliendo el Convenio 169 de la OIT así como las exigencias jurisprudenciales encaminadas a asegurar que la consulta sea efectiva”*.

³¹⁹ A esta conclusión llegó la providencia a partir de la diferencia conceptual entre los principios de democracia representativa y democracia participativa.

³²⁰ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. En la sentencia C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, la Corte resolvió la demanda incoada en contra de la Ley 1152 de 2007, que contenía el llamado Estatuto de Desarrollo Rural -EDR-. Los demandantes estimaban que tal Ley desconocía los artículos 2º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, debido a que de manera previa a su promulgación no había sido adelantado el proceso de consulta previa ante las comunidades indígenas y afrodescendientes, a pesar que el EDR constituía una regulación integral sobre uso, distribución y aprovechamiento de la propiedad agraria, materia que afectaba los intereses de dichos grupos. Para resolver la demanda, la Corte expuso los aspectos centrales de jurisprudencia precedentemente sentada, relativa al derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas para la adopción de las decisiones que les conciernen. Tras concluir que la regulación de la propiedad agraria era un asunto de especial relevancia para la definición de la identidad de dichas comunidades, que implicaba que el contenido del EDR, referente a la regulación integral sistemática y detallada de la propiedad agraria, fuera un asunto que caía dentro de las materias en donde el deber de consulta debía cumplirse por parte del Gobierno en tanto autor de la iniciativa correspondiente, y tras observar que en el caso concreto se había incumplido con dicho deber de realizar dicha consulta en condiciones de buena fe y oportunidad, la Corte declaró la inexecutable de dicha ley.

directamente a las comunidades indígenas y tribales, la participación de las mismas no se ve restringida, sino que se conduce a través de los mecanismos generales de participación a los que se hizo alusión en el fundamento jurídico 11 de esta sentencia”. Sobre las consecuencias jurídicas de la omisión de consulta en los procesos legislativos cuando ésta fuera exigida, la misma providencia reiteró que en estos casos “la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen”.

En esta sentencia, la jurisprudencia constitucional continuó el desarrollo de la doctrina relativa a las condiciones de oportunidad en que debe adelantarse la consulta a las comunidades étnicas dentro del trámite legislativo de las medidas susceptibles de afectarlas directamente; al respecto, precisó que **“el trámite de consulta previa debe preceder a la radicación del proyecto de ley, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración del Congreso”**.³²¹ Lo anterior porque lo que se persigue es que *“la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes tenga la potencialidad de incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa, lo que implica que el momento en que se efectúa la consulta previa debe armonizarse con las condiciones constitucionales que otorgan racionalidad al procedimiento de producción normativa, en especial los requisitos de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible”*.³²² Es decir, el fallo recabó en que la modificación del texto de un proyecto de ley en curso, fruto de una consulta previa, debe surtirse en una oportunidad compatible con la satisfacción de los principios de unidad de materia, identidad flexible y consecutividad, razón por la cual es necesario que dicha consulta sea realizada antes del inicio del trámite legislativo correspondiente. Además, sólo de esta manera se preserva cabalmente el principio de buena fe en la consulta y se hace efectivo el principio de racionalidad mínima del debate democrático. En este sentido el fallo textualmente explicó:

“Esto implica que el proceso consultivo deberá llevarse a cabo antes de radicar el proyecto de ley ante el Congreso, puesto que luego de presentada la iniciativa, la posibilidad de modificar su texto estaría restringida a la preservación de la unidad temática de la misma, so pena de incurrir en un vicio de procedimiento que afectaría su constitucionalidad en sentido formal. En tal sentido, si la consulta previa es propiciada por las autoridades gubernamentales cuando ya se ha iniciado el proceso de formación de la ley, las modificaciones a la iniciativa que surjan de la consulta previa desconocerían los principios mencionados.

“...

“La Corte insiste en que el contenido concreto del principio de buena fe en el proceso de consulta previa logra su verdadero sentido cuando, según las condiciones anotadas, las propuestas que se obtengan de la participación de las comunidades tradicionales puedan incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa.

³²¹ Negrillas fuera del original

³²² En esta sección, la Sala hace uso de la exposición que sobre los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible fue realizada en la reciente sentencia C-1011/08.

“...

“Además, debe resaltarse que la necesidad de realizar el procedimiento de consulta con anterioridad de la radicación del proyecto de ley es una garantía para la protección del principio democrático. En efecto, conforme a la competencia constitucional prevista en el artículo 150 C.P., corresponde al Congreso hacer las leyes, lo que supone la necesidad ineludible de un proceso deliberativo, de modo que las normas que conformen el ordenamiento jurídico sean fruto de la legítima voluntad de las cámaras. Así, las propuestas de regulación que surjan del proceso de consulta previa, deben ser estudiadas por el Congreso, con sujeción a los requisitos que impone de racionalidad mínima en el trámite legislativo, derivadas del principio de consecutividad. En consecuencia, si se pretermiten dichas obligaciones, resultaría desconocida la competencia del Legislador para discutir los proyectos de ley que pongan a su consideración las instancias con iniciativa para ello”.

7.3.5. Los sujetos colectivos titulares del derecho fundamental a la consulta previa de las decisiones que directamente los afectan

Finalmente, debe recordarse que en la Sentencia C-461 de 2008³²³, la Corte reiteró³²⁴ que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan no sólo a los grupos indígenas sino también a *“las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio”*. Dichas comunidades, agregó el fallo, son *“grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente”*.

7.3.6. Conclusiones

A manera de síntesis de todo lo expuesto, en lo que tiene relación específica con el trámite de leyes que directamente afectan a las comunidades étnicas, pueden presentarse las

³²³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³²⁴ En la sentencia C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte ya había señalado que *“un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial. En efecto, tanto la Ley 70 de 1.993 (que desarrolla el artículo Transitorio 55 de la Carta), como la Ley 99 del mismo año (sobre protección del medio ambiente), así como la Ley 199 de 1.995 (que organiza el Ministerio del Interior), parten de tal reconocimiento para otorgar una serie de derechos a las mencionadas colectividades, definidas en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen (sic) de otros grupos étnicos. Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la O.I.T...”*.

siguientes conclusiones jurisprudenciales:

- (i) El derecho fundamental de consulta previa de las comunidades étnicas también es exigible dentro del trámite legislativo.
- (ii) El derecho fundamental de consulta previa en cabeza de las comunidades étnicas tiene lugar solamente respecto de aquellas iniciativas que puedan afectarlas directamente.
- (iii) El Gobierno tiene el deber de promover la consulta de todo tipo de proyectos de ley, no sólo de aquellos que sean de su iniciativa.
- (iv) La consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración; no obstante, durante el trámite legislativo en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe.
- (v) La existencia de instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del Estado no sule el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos de ley con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica.
- (vi) El trámite de la consulta durante el trámite legislativo se somete al principio de la buena fe, *“lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente”*.³²⁵
- (vii) La consulta previa durante el trámite legislativo también debe ser guiada por el principio de oportunidad, que implica que se permita *“una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”*.³²⁶

7.4. LA APLICABILIDAD AL TRÁMITE DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS, DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS DURANTE EL TRÁMITE DE LAS LEYES

7.4.1. En este punto repara la Sala en que la jurisprudencia reseñada en las consideraciones inmediatamente anteriores de esta providencia se ha referido de manera concreta a la consulta a las comunidades étnicas para la adopción de *leyes* en sentido formal³²⁷, con potencialidad de afectar directamente a dichas comunidades. En efecto, las principales providencias relativas al asunto, contenidas en las sentencias C-030 de 2008³²⁸, C-461 de 2008³²⁹ y C-175 de 2009³³⁰, examinaron, respectivamente, la Ley 1021 de 2006 por la cual

³²⁵ Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³²⁶ *Ibidem*

³²⁷ Entendiendo por ley en sentido formal aquella norma jurídica adoptada por el Congreso de la República según los trámites previstos para ello en el artículo 157 de la Constitución y en Ley orgánica del Reglamento del Congreso.

³²⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³²⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³³⁰ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. En la Sentencia C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, la Corte resolvió la demanda incoada en contra de la Ley 1152 de 2007, que contenía el llamado Estatuto de Desarrollo Rural -EDR-. Los demandantes estimaban que tal Ley desconocía los artículos 2º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, debido a que de manera previa a su promulgación no había sido adelantado el proceso de consulta previa ante las comunidades indígenas y afrodescendientes, a pesar que el EDR constituía una regulación integral sobre uso, distribución y aprovechamiento de la propiedad agraria, materia que afectaba los intereses de dichos grupos. Para resolver la demanda, la Corte expuso los aspectos centrales de jurisprudencia precedentemente sentada, relativa al derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas

se expedía la llamada “*Ley General Forestal*”, la Ley 1151 de 2007 contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 y la Ley 1152 de 2007 por la cual se dictaba el “*Estatuto de Desarrollo Rural*”.

Así pues, las consideraciones vertidas por la Corte en esos fallos se refirieron de manera concreta a la actividad propiamente legislativa desplegada por el Congreso, mas no a la actividad constituyente de la que también es titular. Cabe preguntarse entonces si dicha doctrina judicial puede ser aplicada al examen de actos reformativos de la Constitución tramitados por esa Corporación, que puedan llegar a afectar directamente a las comunidades étnicas.

Al respecto, encuentra las Sala que la respuesta ha de ser positiva, pues los principios jurídicos provenientes tanto de la propia Constitución Política, como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que soportan la mencionada doctrina jurisprudencial relativa al deber de consulta a las comunidades étnicas durante el trámite legislativo, resultan aplicables no sólo a las leyes en sentido formal, sino a la adopción de cualquier norma jurídica con el mismo alcance de afectar a tales comunidades, según pasa a verse:

De conformidad con lo prescrito por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, al aplicar las disposiciones de ese Convenio, los gobiernos deberán: “*consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*”.

7.4.2. Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y como ha sido suficientemente explicado por la jurisprudencia de esta Corporación, la finalidad que animó la expedición del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación que se concibe como un derecho de las mismas. Así las cosas, debe concluirse que la expresión “*medidas legislativas*” utilizada por el mencionado artículo 6° del Convenio, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. De otra manera, la obligación de consulta se vería recortada y la protección internacional disminuida con grave afectación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a mantener su identidad cultural. Además, establecido que el derecho de consulta es protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la interpretación *pro homine* es la que debe hacerse prevalecer; es decir, aquella exégesis de la expresión “*medidas legislativas*” que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho, pues de conformidad con los dictados de este principio de interpretación a favor del ser humano, recogido en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

para la adopción de las decisiones que les conciernen. Tras concluir que la regulación de la propiedad agraria era un asunto de especial relevancia para la definición de la identidad de dichas comunidades, que implicaba que el contenido del EDR, referente a la regulación integral sistemática y detallada de la propiedad agraria, fuera un asunto que caía dentro de las materias en donde el deber de consulta debía cumplirse por parte del Gobierno en tanto autor de la iniciativa correspondiente, y tras observar que en el caso concreto se había incumplido con dicho deber de realizar dicha consulta en condiciones de buena fe y oportunidad, la Corte declaró la inexecutable de dicha ley.

los tratados internacionales de derechos humanos no pueden ser invocados para garantizar en menor medida los derechos en ellos reconocidos³³¹. Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de “medidas legislativas” a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo³³², entre las cuales se incluye el concepto de *Acto Legislativo* a que se refiere la Constitución Política de Colombia.

7.4.3. Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho interno, cabe preguntarse también si la expresión “medidas legislativas” alude exclusivamente a las leyes en sentido formal. La Corte estima que en el Derecho constitucional colombiano el sentido usual de la expresión “medidas legislativas” hace referencia en primer lugar a las leyes en sentido formal, pero también puede considerarse inclusiva de otras disposiciones normativas de carácter general, impersonal y abstracto, no expedidas por el Congreso de la República en el ejercicio de su función propiamente legislativa, como por ejemplo los decretos leyes³³³ o los actos legislativos.

En efecto, sea lo primero señalar que la palabra *ley* en la Constitución Política no tiene un sentido unívoco, como ha sido detectado por la jurisprudencia de esta Corporación. Ciertamente, sobre este asunto la Corte ha hecho ver que “*el uso constitucional de la palabra ley puede entenderse en dos sentidos, bien como la norma que emana del órgano competente -el legislador- ordinario, en estricto sentido el Congreso; o bien, como toda norma jurídica esto es todo el derecho vigente*”³³⁴. Sobre este último sentido de la palabra, ha vertido los siguientes conceptos:

“En este último sentido, la proposición jurídica vinculante de obligatorio cumplimiento no atiende al órgano competente sino a la condición de obligatoriedad en su observancia. En la Constitución encontramos menciones de la voz ley que no pueden reducirse a la cláusula de competencia porque si no cómo entender la afirmación del artículo 13 cuando se prescribe que toda persona nace libre e igual ante la ley. ¿Es posible entender que sólo la igualdad se exige de la ley producida por el legislador? O lo previsto en el artículo 6° Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por la omisión y extralimitación de sus funciones. ¿Se infiere correctamente que sólo se es responsable por la infracción a las leyes emitidas por el legislador? O la prescripción hecha por el artículo 4° inciso 2 Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes... ¿Se refiere sólo a

³³¹ El principio pro homine es “un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”. (CARPIO MARCOS, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales” Palestra Editores Lima, 2004, Serie Derechos y Garantías No. 9 , pág.28)

³³² El Convenio distingue entre medidas legislativas y administrativas.

³³³ Bajo esta denominación se incluyen los decretos legislativos y los decretos extraordinarios, así como aquellos otros que la doctrina conoce como “reglamentos autónomos”.

³³⁴ Sentencia C-710 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Treviño.

las leyes proferidas por el legislador? Desde luego que no es esa la intención del Constituyente”.

Así pues, la palabra *ley* en la Constitución Política no tiene un sentido unívoco y, por lo tanto, el adjetivo *legislativo* tampoco lo tiene. De esta manera, la expresión “*medidas legislativas*” no puede entenderse alusiva exclusivamente las leyes en sentido formal, por lo cual, a la hora de hacer la exégesis de dicha expresión para determinar el alcance del derecho de consulta de las comunidades étnicas, es menester, también desde el punto de vista del Derecho interno, escoger la interpretación de la misma que permita hacer realidad el deber estatal de reconocimiento, garantía y promoción de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como lograr la efectividad de tal derecho de consulta en la mayor medida posible. Ciertamente, los derechos fundamentales, y como se vio la consulta a las comunidades étnicas lo es, en cuanto principios constitucionales implican para el operador jurídico un *mandato de optimización*, es decir, exigen que el derecho en cuestión sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes³³⁵.

Adicionalmente, cabe decir que si para la expedición de normas como las leyes, cuyo rango jerárquico en la escala normativa es menor que el de las disposiciones constitucionales, la jurisprudencia ha definido que se exige la realización de la consulta a las comunidades étnicas concernidas, *a fortiori ratione* dicha exigencia se aplica también para la expedición por el Congreso de los actos legislativos. La superioridad normativa jerárquica de estas disposiciones, su carácter condicionante de la validez jurídica de aquellas que las desarrollan y su mayor grado de abstracción y generalidad, hacen que tengan mayor potencialidad de afectar a las comunidades étnicas de todo el país, por lo cual su aprobación reclama con mayor urgencia la consulta previa.

Visto lo anterior, la Corte concluye que la interpretación de la expresión “*medidas legislativas*” contenida en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, tanto desde la perspectiva del Derecho interno, como desde la del Derecho Internacional, no puede ser hecha en un sentido restringido, sino en uno amplio bajo el cual quedan incluidos los “*actos legislativos*” o actos reformativos de la Constitución.

7.4.4. Esclarecido que la expresión “*medidas legislativas*” del Convenio 169 incluye a los actos legislativos o reformativos de la Constitución, resta indagar si la jurisprudencia sentada por esta Corporación judicial, relativa al derecho-deber de consulta a las comunidades étnicas para la expedición de *leyes*, puede hacerse extensiva al examen de constitucionalidad de los actos legislativos o reformativos de la Constitución acusados, de haber sido expedidos por el Congreso sin consultar a dichas comunidades pese a que las afecta directamente.

La Sala encuentra que dicha jurisprudencia resulta igualmente aplicable a este supuesto fáctico, toda vez que las consideraciones vertidas por la Corte en el grupo de sentencias que conforman esta línea jurisprudencial se orientan a señalar las razones constitucionales que justifican el derecho a la consulta de las comunidades étnicas, la titularidad activa y pasiva del derecho-deber correspondiente, las circunstancias de modo y oportunidad en las que debe ser llevada a cabo, el principio de buena fe que debe presidirla, etc., asuntos

³³⁵ Sobre este carácter de los derechos fundamentales como principios, véanse las sentencias T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Moñoz y T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

todos estos que fácilmente resultan trasladables a la aprobación de los actos legislativos, pues como se vio también respecto de ellos es menester que el especial derecho de participación de las comunidades indígenas y afrocolombianas se haga efectivo al momento de adoptar las reformas constitucionales que directamente les conciernen.

Adicionalmente, las reglas sentadas por la jurisprudencia no encuentran obstáculo para ser aplicadas dentro del trámite de los actos legislativos, pues la consulta en ningún caso se rige por normas de procedimiento que solamente resulten aplicables para la aprobación de las leyes, y dichas reglas jurisprudenciales en sí mismas tampoco son incompatibles con las especialidades del trámite de la reforma constitucional; en particular, las razones que justifican el carácter *previo* de la consulta, relacionadas con la vigencia de los principios de identidad y unidad de materia durante el trámite de aprobación de las leyes, militan igualmente para la aprobación de actos legislativos, ya que dichos principios también se aplican para el ejercicio del poder constituyente por el Congreso de la República, como recientemente ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación³³⁶.

7.5. LA OMISIÓN DE CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS PARA LA ADOPCIÓN DE TODO TIPO DE MEDIDAS NORMATIVAS ES UN VICIO FORMAL QUE SE PROYECTA SOBRE EL CONTENIDO DE LAS NORMAS ADOPTADAS

7.5.1. Repasada toda la línea jurisprudencial relativa al deber de consulta a las comunidades étnicas, en especial en lo concerniente a la adopción de medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos, y definido que las reglas jurisprudenciales sobre la consulta para la aprobación de leyes resultan aplicables a la aprobación de actos legislativos, pasa la Corte a estudiar con particular detenimiento las precisiones de esta Corporación en torno a la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad que puede generarse por la omisión de dicha consulta. Lo anterior por cuanto, como se vio en el acápite de antecedentes, la presente demanda de inconstitucionalidad fue admitida únicamente por el estricto “*vicio de trámite*” consistente en la omisión de la referida consulta previa.

7.5.2. Las referencias a la naturaleza del vicio que se presenta cuando en la aprobación de las leyes se omite efectuar la consulta a las comunidades étnicas concernidas, o cuando dicha consulta no cumple con los estándares jurisprudenciales, son breves.

En la Sentencia T-382 de 2006³³⁷, la Corte expresó que “...*el derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo*”; es decir, la Corporación vinculó la vigencia del derecho a la consulta (asunto de carácter sustancial), con la necesidad de hacerlo efectivo a través del **trámite** surtido para la aprobación de las leyes. En este mismo pronunciamiento, en similar sentido se dijo que “*tal potestad* (el derecho a la consulta) ***está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias...***”³³⁸.

³³⁶ Sobre este punto se puede consultar, entre otras, la sentencia C-141 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³³⁷ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

³³⁸ Paréntesis fuera del original, negrillas y subrayas propias del texto original.

Posteriormente, en la Sentencia C-030 de 2008³³⁹, la Corte hizo explícito el carácter procedimental sustantivo del vicio que se presenta cuando se omite la consulta a las comunidades étnicas que van a ser afectadas con la adopción de una medida legislativa. Ciertamente, refiriéndose a este asunto, la Corte expresó:

*“... tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque... el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, **comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley**”.* (Negrillas y subrayas fuera del original)

Más recientemente, en la Sentencia C-461 de 2008³⁴⁰, la Corte dejó claro que el ejercicio de participación ejecutado a través de la consulta previa constituye una “**garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos**”. Como puede observarse, en pocas palabras se admitió que si bien la consulta en sí misma se erige en un *procedimiento*, su omisión se proyecta sobre el contenido material de las medidas que a través del procedimiento se lleguen a adoptar.

Obsérvese cómo con toda claridad la Corte admite que el control de constitucionalidad sobre las medidas legislativas que afectan a las comunidades étnicas comporta “*la verificación de un procedimiento*”, el de la consulta previa, el cual aunque tiene implicaciones de naturaleza sustantiva sobre las disposiciones legales que a través de él se aprueben, no lo convierte en un asunto de índole sustancial exclusivamente.

En esta misma sentencia –C-461 de 2008, la Corte utiliza un lenguaje similar indicativo de la implicación procedimental, pero con proyecciones sustantivas, del trámite de la consulta; véase:

*“... **el trámite de consulta previa debe preceder a la radicación del proyecto de ley, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración del Congreso**”.*³⁴¹

Estas breves referencias resultan suficientes para establecer que la jurisprudencia ha aceptado la naturaleza procedimental sustantiva del vicio de omisión de consulta a las comunidades étnicas antes de la aprobación de medidas legislativas que las afecten, vicio que, por tanto, compromete la validez constitucional de la norma así aprobada.

7.5.3. No es la primera vez que la Corte ha detectado que un vicio de constitucionalidad de naturaleza formal se proyecta sobre el contenido material de la disposición normativa acusada. En la sentencia C-551 de 2003³⁴², al definir si el vicio de competencia por sustitución de la Constitución es de carácter formal o material, la Corte admitió que se trata de un asunto procedimental con repercusiones sustanciales; véase lo dicho al respecto:

³³⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁴⁰ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁴¹ Negrillas fuera del original

³⁴² M.P. Eduardo Montealegre Lynett

*“25- Un análisis más detallado muestra empero que no existe ninguna contradicción, por las siguientes dos razones: de un lado, **la presente sentencia no sostiene que los vicios de competencia sean exclusivamente vicios de forma o procedimiento, sino que los problemas de competencia se proyectan al estudio tanto de los vicios de procedimiento como de los vicios de contenido material**, por cuanto la competencia es un pilar básico y un presupuesto tanto del procedimiento como del contenido de las disposiciones sujetas a control de la Corte”. (Negrillas y subrayas fuera del original)*

De similar manera a lo establecido en la Sentencia C-551 de 2003, en la presente ocasión la Corte concluye, con base en los precedentes jurisprudenciales anteriormente comentados, que la omisión del deber de consultar a las comunidades étnicas concernidas con la adopción de medidas legislativas se erige en un vicio de trámite con repercusiones sustanciales, o más precisamente, en un defecto procedimental sustantivo.

7.5.4. En relación con los actos reformativos de la Carta, de conformidad con lo prescrito por el artículo 241 de la Constitución Política, la competencia de la Corte se encuentra restringida al análisis de los “*vicios de procedimiento en su formación*”. Además, según las voces del artículo 379 superior, los actos legislativos sólo pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta, dentro de los que no se enumera la consulta a las comunidades étnicas para la adopción de reformas constitucionales que las afecten. No obstante, es claro para la Sala que eso no significa que dicho control procedimental deba limitarse a verificar el trámite de aprobación del respectivo acto legislativo exclusivamente frente a lo dispuesto en dicho título de la Carta. Como ya lo ha definido la jurisprudencia de esta Corporación, los parámetros de control del trámite de la reforma constitucional mediante acto legislativo no se agotan en lo dispuesto por Título XIII, sino que incluyen algunas otras normas constitucionales pertinentes y las disposiciones orgánicas contenidas en la Ley 5ª de 1992 que establezcan “*condiciones básicas y esenciales para la formación de la voluntad democrática de las cámaras legislativas cuyo desconocimiento genere una violación de los requisitos previstos en el Título XIII de la Constitución para la adopción de actos legislativos*”³⁴³ ³⁴⁴. Además, el alcance jurídico de todo este plexo normativo ha sido precisado mediante la interpretación auténtica llevada a cabo por la jurisprudencia de esta Corporación.

En el caso concreto del procedimiento de consulta que debe ser seguido para la adopción de medidas legislativas que afecten a las comunidades étnicas, se tiene que el mismo, aunque no está recogido de manera expresa en ninguna norma de la Constitución ni en las disposiciones orgánicas que regulan el trámite de los actos legislativos, ha sido establecido como una exigencia previa de trámite, especialmente a partir de lo prescrito por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, norma integrante del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 superior, en concordancia con el artículo 330 superior y las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho a la participación efectiva, a la autonomía y a la libre determinación de los pueblos indígenas y afrocolombianos.

³⁴³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005. M.P. MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

³⁴⁴ Sentencia C-293 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

7.5.5. La anterior argumentación no implica la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre los procedimientos de reforma de la Constitución. En el caso de la consulta previa, aunque es cierto que el Convenio 169 de la OIT es el instrumento que expresamente reconoce la obligación de surtir el trámite, su carácter vinculante a nivel interno se desprenden de los artículos 93 y 330 superiores, en concordancia con las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho a la participación efectiva, a la autonomía y a la libre determinación de los pueblos indígenas y afrocolombianos.

7.6. **EL ALCANCE DE LA NORMA CONSTITUCIONAL CONTENIDA EN EL INCISO 8° DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2009 Y SU CAPACIDAD PARA AFECTAR A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS**

7.6.1. Debe ahora la Sala referirse al alcance normativo de la disposición demandada, a efectos de establecer si ella tiene la potencialidad de afectar directamente a las comunidades étnicas, de forma tal que pueda concluirse que para su adopción las mismas tenían que haber sido consultadas. Dicha disposición es el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009, que adicionó un inciso al artículo 108 de la Constitución Política. El texto de la disposición, según se recuerda, es el siguiente:

“ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2009

(julio 14)

“Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009

“Por el cual se modifican y adicionan algunos artículos de la Constitución Política de Colombia

“EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

“...

“ARTÍCULO 2o. *El artículo 108 de la Constitución Política quedará así:*

“...

“Los Partidos y Movimientos Políticos que habiendo (sic) obtenido su Personería Jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas podrán avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción.” (Negrillas y subrayas fuera del original)

Como puede observarse, la norma acusada regula aspectos directamente relacionados con el acceso a la circunscripción especial de minorías étnicas prevista en los artículos 171 y 176 de la Constitución. En efecto, la disposición regula las circunstancias en las cuales los partidos y movimientos políticos que hayan obtenido su personería jurídica como producto de dicha circunscripción, pueden avalar candidatos para la misma.

La jurisprudencia de esta Corporación judicial ha hecho ver que el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas en ocasiones se proyecta más allá del espacio geográfico concreto donde esta ubicada la respectiva comunidad, pues *“la diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional”*.³⁴⁵ Así, uno de los ámbitos en donde se proyecta este derecho más allá de ese espacio de asentamiento territorial, es el relativo a la representación política de estos pueblos. Sobre este asunto la Corte ha explicado:

“En materia de representación política existe norma expresa que proyecta la diversidad cultural fuera de los territorios indígenas puesto que se ha establecido una protección a las comunidades indígenas que asegura un mínimo de representación a nivel nacional. La Constitución en su artículo 171 creó una circunscripción especial de dos Senadores reservada a la representación de los pueblos indígenas. Igualmente, el artículo 176 de la Constitución estableció una circunscripción especial en la Cámara de Representantes para los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, circunscripción que podría elegir hasta cinco representantes. Las anteriores disposiciones constitucionales se erigen como un estatuto especial relativo a la representación política indígena que protegen y reconocen la diversidad étnica y cultural, además de promover los distintos valores culturales de la nación y la participación de las diversas expresiones sociales. Este estatuto se inscribe en un contexto en el que la propia Constitución establece, en el ámbito del Congreso de la República, una excepción etnocultural a la regla general de circunscripciones para corporaciones públicas”.³⁴⁶

Cabe también considerar que dentro de los objetivos perseguidos por el constituyente de 1991, fue claro aquel de mejorar de manera general la representatividad del Congreso de la República³⁴⁷ y aquel otro de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. A fin de hacer realidad este doble propósito, la circunscripción especial de las comunidades étnicas fue el mecanismo por excelencia que permitió ampliar los espacios de representación con fundamento en factores culturales. Ciertamente, en la ponencia para dar debate en la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente al actual artículo 171 de la Constitución Política, se dijo al respecto lo siguiente:

“Si la morfología del Congreso no requiere cambios significativos, la composición de las cámaras los exige a fin de garantizar la representación en ellas de grupos sociales actualmente ausentes del órgano, así como de racionalizar las

³⁴⁵ Sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁴⁶ *Ibidem*

³⁴⁷ Cfr. Sentencia C-759 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

relaciones entre el volumen de integrantes de las corporaciones y el total de la población del país.

“... ”

La otra deficiencia del sistema de composición del órgano legislativo que debe ser solucionada es la relativa a la representación de los son componentes minoritarios de la nacionalidad, es decir, a las comunidades indígenas. Una óptica equivocada equipara actualmente su significación y, consecuentemente, su tratamiento político, con los que se otorgan a las minorías contingentes que se constituyen, dentro del dinamismo natural de la existencia democrática, en torno a razones ideológicas o simplemente partidistas. Es obvio, sin embargo, que los diversos grupos étnicos tienen una naturaleza diversa, que los convierte en auténticos componentes de Nación misma, en la que participan como un hecho natural que no proviene, como las minorías políticas propiamente tales, de la decisión voluntaria de quienes las integran. De allí que el rango social de las diversidades étnicas sea diferente y superior al de las minorías partidistas, y que, en cuanto componentes de la Nación, no sea dable reducir su consideración al alcance que les confiera el accidente de la lucha electoral: su participación en el escenario de la representación nacional no puede ser un simple resultado de contingencias comiciales en las que se debate el “como” del Estado y no el “qué” esencial y permanente de la propia nacionalidad.

“Resulta claro pues, que al conjunto de las distintas comunidades indígenas debe reservarse un número de curules, destacadas de las restantes mediante asignación de una circunscripción especial, con el fin de dar por su medio expresión política constante a un elemento de la Nación conformado por la pluralidad étnica...”³⁴⁸

Por su parte, la Corte también ha hecho ver que *“la efectiva participación de distintas cosmovisiones en un ámbito representativo nacional contribuye a materializar el multiculturalismo de la nación mediante la expresión de distintas voces y visiones en las decisiones nacionales. El congreso es el órgano representativo de la nación colombiana y teniendo en cuenta que la nación comprende diferentes culturas es apenas lógico desde una perspectiva multicultural que este órgano las contenga y permita su representación específica”³⁴⁹*.

Así pues, es clara la relación existente entre el derecho a la identidad cultural de las comunidades étnicas, su representación política y la existencia de una circunscripción especial para las minorías étnicas.

Ahora bien, la sola lectura de la disposición superior impugnada pone de manifiesto que ella afecta en forma *directa* el derecho de las comunidades étnicas a elegir representantes para tal circunscripción especial consagrada a su favor por el constituyente de 1991; por lo tanto, toca de lleno con el derecho a la identidad cultural en el contexto de la participación política. En efecto, antes de la reforma, el artículo 108 de la Constitución no incluía las restricciones introducidas por el inciso agregado por el Acto Legislativo 01 de 2009, que

³⁴⁸ Ponencia: Estructura, composición y funcionamiento de la rama legislativa del poder público. Ponentes: Hernando Yepes Arcila, Alfonso Palacio Rudas, Antonio Galán Sarmiento. Gaceta Constitucional N° 54, páginas 13 y 14).

³⁴⁹ Sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

claramente modifican las reglas de acceso de los candidatos al Congreso de la República avalados por los partidos políticos que gozan de personería jurídica por la circunscripción nacional especial de minorías étnicas.

Así las cosas, sin considerar si las nuevas reglas afectan positiva o negativamente a dichas minorías, asunto de conveniencia que no es de la incumbencia de esta Corporación, la Sala detecta que la norma superior cuyo trámite de adopción ahora examina sí afecta en forma *directa* a las comunidades étnicas, por lo cual ha debido ser sometida a consulta previa, en las condiciones explicadas por la jurisprudencia de esta Corporación antes expuestas.

Pasa entonces la Sala a verificar el cumplimiento de dicha exigencia constitucional.

7.7. LA OMISIÓN DE LA CONSULTA PARA LA ADOPCIÓN DE LA NORMA DEMANDADA Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE TRÁMITE

7.7.1. Al estudiar los antecedentes de la adopción de la norma constitucional *sub examine* y su proceso de discusión y aprobación en el Congreso de la República, la Sala Plena corrobora que no se encuentra evidencia relativa a la realización de consulta alguna a las comunidades étnicas concernidas. Ni en la exposición de motivos, ni en las ponencias para ninguno de los ocho debates surtidos durante el trámite parlamentario, se observan referencias a este asunto.

Adicionalmente, la intervención gubernamental dentro del presente proceso, a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia, tampoco desmintió la acusación de la demanda relativa a la omisión de consulta previa para la adopción de la disposición impugnada.

7.7.2. El texto demandado fue propuesto en el proyecto de acto legislativo No. 051 Cámara radicado por el representante Alberto Gordon May. En la exposición de motivos no se mencionó que se hubiera sustido previamente una consulta a las comunidades étnicas concernidas.³⁵⁰ Por disposición de la Presidencia de la Comisión Primera de dicha Corporación, el proyecto fue acumulado con los proyectos de acto legislativo 101 de 2008 Cámara, 106 de 2008 Cámara, 109 de 2008 Cámara, 128 de 2008 Cámara, 129 de 2008 Cámara y 140 de 2008 Cámara.

El proyecto de acto legislativo acumulado comenzó su trámite en la Comisión Primera de la Cámara. Allí fueron designados como ponentes los representantes Heriberto Sanabria, Gustavo Puentes, Carlos Ávila, David Luna, Miguel Ángel Rangel, Odín Sánchez Montes de Oca, Tarquino Pacheco, Carlos Fernando Motoa, Franklin Legro, Oscar Arboleda, William Vélez, Jorge H. Giraldo, Edgar Gómez y Jaime Durán.

El 30 de septiembre de 2008, la Comisión Primera de la Cámara celebró una audiencia pública para debatir los asuntos principales del proyecto. En esta audiencia no se hizo alusión a la realización de una consulta previa. En esta audiencia no participaron representantes de las comunidades indígenas o afrocolombianas. Posteriormente, en el informe de ponencia radicado el primero de octubre de 2008 por los ponentes Gustavo Puentes, Heriberto Sanabria, Miguel Rangel, Carlos Motoa, Carlos Avila, Tarquino Pacheco, Oscar Arboleda y Edgar Gómez no se hizo referencia a la materia a la que se

³⁵⁰ Ver Gaceta de Congreso No. 492 de 2008.

refiere el texto demandado ni mucho menos a la realización de una consulta a las comunidades indígenas o afrocolombianas.³⁵¹ En el informe alternativo de ponencia presentado el 3 de octubre siguiente, el Representante David Luna manifestó su inconformidad con la propuesta del proyecto de acto legislativo 051 de 2008 Cámara de exigir a los partidos inscribir a sus candidatos a las circunscripciones especiales de minorías étnicas con un año de antelación. Para el Representante Luna, este requisito vulnera el derecho a la igualdad de las comunidades étnicas y no les provee ningún tipo de protección.³⁵² Sin embargo, el Representante Luna tampoco hizo alusión a la realización de una consulta a las comunidades que podrían resultar afectadas. El 7 de octubre de 2008, fue aprobado el texto por la Comisión Primera de la Cámara.

En la ponencia para segundo debate nada se dijo sobre la realización de una consulta previa a las comunidades.³⁵³ Los representantes Jaime Durán Becerra y Jorge Homero Giraldo radicaron un informe alternativo de ponencia negativo en el que tampoco aluden a la realización de una consulta previa a las comunidades étnicas.³⁵⁴ La reforma del artículo 108 de la Constitución fue aprobada por la plenaria de la Cámara el 29 de octubre de 2008, sin que tampoco se mencionara la consulta a las comunidades.³⁵⁵

La Comisión Primera del Senado convocó una audiencia pública el 18 de noviembre de 2008, en la que no participaron miembros ni representantes de las comunidades indígenas o afrocolombianas.³⁵⁶ Durante el tercer debate no se hizo referencia a que se hubiese surtido una consulta previa.³⁵⁷

Durante el cuarto debate, el Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué llamó la atención sobre el defecto de trámite derivado de la no realización de una consulta previa a las comunidades indígenas. El Senador Piñacué expresó:

³⁵¹ Los ponentes manifestaron solamente lo siguiente:

"b) Minorías políticas: Con el propósito de preservar el espíritu incluyente del Constituyente de 1991, reflejado en la existencia de las circunscripciones especiales de grupos étnicos y minorías, se considera necesario dos modificaciones al articulado presentado.

El primero de ellos aclarando que la excepción constitucional establecida para la obtención de personería jurídica sólo aplicará para aquellos partidos que la obtengan por circunscripción de minorías étnicas, y no cualquier tipo de minoría. De tal modo que el final del primer inciso de este artículo quedará así:

'Se exceptúan del régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.'

Adicionalmente, los ponentes consideramos que se honra el espíritu del constituyente si se introduce una norma mediante la cual los partidos de minorías étnicas solo podrán avalar personas que pertenezcan a esas minorías.

Los partidos que surgieron de la circunscripción especial de comunidades negras, solo podrán avalar ciudadanos que sean afrocolombianos, raizales o palenqueros. En igual sentido, aquellos que son producto de la circunscripción de comunidades indígenas, solo podrán avalar a los ciudadanos reconocidos como indígenas por parte de los cabildos que están registrados en el Ministerio del Interior y de Justicia, procedimiento que se surte hoy en día para efecto de la inscripción de candidatos para aspirar a las dos curules para comunidades indígenas en el Senado de la República y a la curul de la Cámara de Representantes.

Para cumplir este propósito se sugiere incluir como inciso final del artículo 108 constitucional el siguiente texto:

'Los partidos y movimientos Políticos que habiendo obtenido su personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas, sólo podrán expedir avales a ciudadanos que (sic) nativos conforme a la ley.'" Cfr. Gaceta del Congreso No. 674 de 2008, p.p. 10-11.

³⁵² El Representante David Luna manifestó: *"En relación a la inscripción de candidatos por minorías étnicas, no es justificable que se les exija sólo a ellos el inscribir sus candidatos con un año de antelación. Este tipo de exigencias vulnera el derecho a la igualdad y no ofrece realmente ninguna garantía de protección a los grupos minoritarios."* Cfr. Gaceta del Congreso No. 697 de 2008, p. 2.

³⁵³ Ver Gaceta del Congreso No. 725 de 2008.

³⁵⁴ Ver Gaceta del Congreso No. 736 de 2008, p.p. 12-17.

³⁵⁵ Ver Gaceta del Congreso No. 34 de 2009.

³⁵⁶ Ver Gaceta del Congreso No. 184 de 2009.

³⁵⁷ Ver Gaceta del Congreso No. 948 de 2008.

“Por último Senador Salazar, usted firmó una proposición en la que decía que era inconveniente tramitar una iniciativa de nuestra autoría, que procuraba fundamentar un instrumento para el diálogo, para el entendimiento entre el Gobierno Nacional y las autoridades indígenas, el acuerdo principal fue, es necesario surtir, proceder a realizar la consulta previa. Usted señor ponente tiene en esta iniciativa de reforma constitucional el artículo 2°, un asunto que toca en forma directa, los intereses, los derechos de los Pueblos Indígenas, sobre este punto puntualizo en lo siguiente, me parece positivo para nosotros, en la pretensión de construir partidos, inscribamos en el futuro a nuestros candidatos con un año de anticipación inscritos en nuestras listas de militantes, eso es sano, es correcto, estoy de acuerdo debe ser así, ordena la actividad política pero de manera directa toca los intereses de los Pueblos Indígenas, por lo tanto considero que usted debería estar de acuerdo en la conveniencia y hacer la consulta previa, para mirar si sobre este aspecto hay alguna posibilidad de discusión, que introduzca el derecho a la participación de estos pueblos, señor Presidente, señor ponente muchas gracias.”³⁵⁸

En el mismo debate, el Senador José Darío Salazar Cruz compartió la preocupación del Senador Piñacué y propuso que se retirara el texto cuestionado porque no se alcanzaba a surtir la consulta. El Senador Salazar expresó:

“Presidente estoy de acuerdo con el Senador Piñacué pero como no se alcanza a hacer la consulta previa, pues lo que podemos hacer es dejar la constancia, se quita la norma, no se vota y la tramitamos en la segunda vuelta una vez el Gobierno haga la consulta previa que es el que ha presentado el proyecto, ¿le parece?, entonces le ruego el favor de que presente la proposición eliminando ese inciso (...)”³⁵⁹

El 16 de diciembre de 2008, tanto el Senado como la Cámara convocaron plenarios para discutir el informe de conciliación. En la plenaria de la Cámara, la Representante de las comunidades indígenas Patricia Polanco Jusayu manifestó su desacuerdo con la reforma en lo atinente a la inscripción de los candidatos de los movimientos y partidos de minorías étnicas, entre otras razones, porque la reforma no fue consultada a las comunidades. La representante manifestó:

“(...) ya que una reforma política es un pacto político entre las diferentes fuerzas políticas y sociales representadas en esta Corporación. Por consiguiente, deben ser consultadas y tenidas en cuenta sus opiniones, sugerencias y recomendaciones, para hacer esta reforma más incluyente y más democrática.”³⁶⁰

En la plenaria del Senado nada se mencionó sobre la consulta³⁶¹. Tampoco se hizo referencia al asunto en los informes de ponencia para el quinto debate³⁶² –segunda vuelta– en la Comisión Primera de la Cámara ni en el propio debate.³⁶³ El tema nuevamente se

³⁵⁸ Cfr. Gaceta del Congreso No. 223 de 2009, p. 84.

³⁵⁹ Cfr. Gaceta del Congreso No. 223 de 2009, p. 94.

³⁶⁰ Cfr. Gaceta del Congreso No. 77 de 2009, p. 124.

³⁶¹ Ver Gaceta del Congreso No. 224 de 2009.

³⁶² Ver Gacetas del Congreso No. 227 y 234 de 2009.

³⁶³ Ver Gaceta del Congreso No. 547 de 2009.

omitió en los informes de ponencia para sexto debate en Cámara³⁶⁴ y durante el debate en la plenaria de dicha corporación.³⁶⁵

Una vez el proyecto fue remitido al Senado, por iniciativa de la Comisión Primera, se llevó a cabo una audiencia pública en la que tampoco participaron representantes de las comunidades étnicas.³⁶⁶ Finalmente, durante el séptimo³⁶⁷ y octavo debates³⁶⁸ los senadores que participaron no mencionaron que se hubiera surtido la consulta previa que exige la Constitución, tampoco en las plenarios en las que se aprobó el texto conciliado.³⁶⁹

7.7.3. Adicionalmente, mediante auto de 25 de mayo de 2010, el Magistrado Sustanciador dentro del presente proceso solicitó al Presidente del Congreso de la República que informara *“si para la adopción del inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 1 de 2009 fueron consultadas las minorías étnicas que podían resultar a afectadas con la nueva disposición constitucional”*. Esta petición de información fue respondida por el Secretario de la Comisión Primera del Senado de la República, indicando que *“se celebraron sendas Audiencias Públicas, en primera y segunda vuelta, en las que se invitó a participar a todas las personas naturales y jurídicas interesadas en esa iniciativa, mediante aviso en el Canal del Congreso y en un periódico de circulación nacional”*.

Al respecto, observa la Sala que las audiencias que menciona la respuesta anterior no satisfacen el derecho fundamental de consulta en cabeza de las comunidades étnicas, por tratarse tan solo de mecanismos para el ejercicio del derecho general de participación, pero no procedimientos específicos de consulta directa a los grupos étnicos concernidos. Además, tales audiencias se cumplieron *durante* el trámite de la reforma constitucional y no *antes* de iniciarse tal proceso constituyente, por lo que no cumplen con el requisito conforme al cual la consulta ha de ser *previa* al proceso de adopción de la medida normativa de que se trate. Finalmente, dicho proceso participativo general no se surtió concretamente con los voceros, las personas o las organizaciones representativas de las comunidades étnicas, ni de ello existe constancia alguna.

Así las cosas, las audiencias públicas que fueron convocadas durante el trámite de la aprobación de la reforma constitucional no equivalen ni convalidan en forma alguna la consulta previa que, en las condiciones necesarias para satisfacer el derecho fundamental a la diversidad étnica, han debido realizarse, pues no otorgaron un espacio de participación efectivo y conducente para influir en la toma de la decisión normativa.

7.7.4. De esta manera, habiendo la Corte concluido que la omisión del deber de consultar a las comunidades étnicas concernidas con la adopción de actos reformativos de la Constitución se erige en un vicio procedimental que se proyecta sustancialmente, por lo cual una disposición superior afectada por tal vicio puede ser demandada por razones de trámite en su aprobación, y habiendo verificado que en el caso del inciso 8° del artículo

³⁶⁴ Ver Gacetas del Congreso No. 241 y 266 de 2009. El Representante David Luna en su informe de ponencia solicitó la supresión el texto demandado, pero por considerar que hace más gravosa la situación de los grupos étnicos y minoritarios. Ver Gaceta del Congreso No. 266 de 2009, p. 5.

³⁶⁵ Ver Gaceta del Congreso No. 567 de 2009.

³⁶⁶ Ver Gaceta del Congreso No. 374 de 2009

³⁶⁷ Ver los informes de ponencia en la Gaceta del Congreso No. 374 de 2009 y el debate en la Gaceta del Congreso No. 597 de 2009.

³⁶⁸ Ver los informes de ponencia en las Gacetas del Congreso No. 427 y 466 de 2009 y el debate en la Gaceta del Congreso No. 773 de 2009.

³⁶⁹ Ver Gaceta del Congreso No. 774 de 2009.

108 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo No. 01 de 2009, dicha consulta no se surtió en forma alguna, en la parte resolutive de la presente decisión declarará la inconstitucionalidad por vicios de trámite de dicha norma.

7.7.5. Finalmente, constata la Sala que dado que el Acto Legislativo 01 de 2009 fue sancionado el 14 de julio de ese año, y la presente demanda fue interpuesta el 7 de diciembre del mismo año, la misma fue incoada en forma oportuna, es decir antes de cumplirse el término de caducidad que señala el artículo 242 de la Constitución Política para las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de Corte Constitucional, administrando justicia en nombre el pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*”.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, publíquese y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

Con salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

COLOMBIA- Sentencia 5

Sentencia C-608/10

TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y LA REPUBLICA DE COLOMBIA-

Se ajusta a los mandatos constitucionales de internacionalización de las relaciones económicas del país

TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y LA REPUBLICA DE COLOMBIA-

Características

Se trata de un instrumento internacional mediante el cual se crea una zona de libre comercio entre Canadá y Colombia, tratado que está conformado por 23 Capítulos sobre los siguientes temas: disposiciones iniciales y definiciones generales; trato nacional y acceso a mercados de mercancías; reglas de origen; procedimientos de origen y facilitación del comercio; medidas sanitarias y fitosanitarias; obstáculos técnicos al Comercio; medidas de salvaguardia y defensa comercial; comercio transfronterizo de servicios; inversión; telecomunicaciones; servicios financieros; entrada temporal de personas de negocios política de competencia, monopolios y empresas del Estado; contratación pública; comercio electrónico; asuntos laborales; medio ambiente; cooperación relacionada con comercio; transparencia; administración del acuerdo; solución de controversias; excepciones y disposiciones finales.

ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y LA REPUBLICA DE COLOMBIA-

Cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en el trámite legislativo

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO INTERNACIONAL DE COMERCIO-

Contenido y alcance

LEY APROBATORIA TRATADO INTERNACIONAL DE COMERCIO-Trámite de ley ordinaria/**LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL-**Cumplimiento de requisitos de trámite

En razón del trámite ordinario de la ley, se requiere: (i) el inicio del procedimiento legislativo en la comisión constitucional correspondiente del Senado de la República; (ii) la publicación oficial del proyecto de ley; (iii) la aprobación reglamentaria en los debates de las comisiones y plenarias de cada una de las Cámaras (Art. 157 C.N.); (iv) que entre el primer y segundo debates medie un lapso no inferior a ocho días y que entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, transcurran por lo menos quince días (Art. 160 C.P.); (v) la comprobación del anuncio previo a la votación en cada uno de los debates; y (vi) la sanción presidencial y la remisión del texto a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes, (Art. 241-10 C.P.).

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE TRATADO Y LEY APROBATORIA DE TRATADO INTERNACIONAL-Elemento material

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LEY APROBATORIA TRATADO INTERNACIONAL DE COMERCIO-Línea jurisprudencial

De manera reiterada, la Corte Constitucional ha sostenido que el juicio que adelanta sobre los tratados internacionales no es de conveniencia sino jurídico. No obstante lo anterior, lo cierto es que el examen de constitucionalidad acerca del respeto de los principios de equidad, igualdad, reciprocidad y conveniencia nacional, en los términos de los artículos 9, 150.16, 226 y 227 Superiores, tratándose de Acuerdos de Libre Comercio, no puede adelantarse sin tomar en cuenta las actuales dimensiones de los intercambios comerciales entre las Partes; las expectativas válidas de incremento de aquéllos, al igual que el grado de desarrollo de sus respectivas economías.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE TRATADOS DE LIBRE COMERCIO-Aplicación del principio in dubio pro legislatoris/**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE TRATADOS DE LIBRE COMERCIO**-Doctrina non self executing

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE TRATADOS DE LIBRE COMERCIO-Aplicación del test de razonabilidad en derechos fundamentales

CONSULTA DE TRATADOS INTERNACIONALES-Precedentes/**CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA EN CASO DE LEYES APROBATORIAS DE TRATADOS INTERNACIONALES**-Características

ACUERDO DE LIBRE COMERCIO-Conformidad con el mandato de promoción de la internacionalización de las relaciones económicas y comerciales/**CONSTITUCION POLITICA DE 1991**-Vocación integracionista

La Constitución Política de 1991 no fue ajena a la integración del Estado Colombiano al orden internacional. Así, el Preámbulo y los artículos 9º y 227 señalan que se promoverá la integración económica, social y política con los demás Estados, especialmente los de América Latina y del Caribe, para lo cual se autoriza: (i) la creación de organismos supranacionales; (ii) la participación en una comunidad latinoamericana; (iii) la realización de elecciones directas para la conformación del parlamento Andino y del parlamento latinoamericano.

CONVENCION DE VIENA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS TRATADOS DE 1969-Estados partes en la suscripción de un acuerdo pueden limitar el ámbito de aplicación territorial, sin que ello implique renuncia alguna al ejercicio de la soberanía

INVERSION EXTRANJERA-Reglas/**CLAUSULA DE TRATO NACIONAL**-Es una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales/**CLAUSULA DE TRATO NACIONAL Y CLAUSULA DE LA NACION MAS FAVORECIDA**-Instrumentos encaminados a asegurar que los inversionistas originarios de los Estados Partes no sean discriminados

PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL-Finalidad/**CLAUSULA DE LA NACION MAS FAVORECIDA**-Finalidad

El principio del trato nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales. En cuanto a la cláusula de la nación más favorecida, esta Corporación acoge la doctrina de la Corte Internacional de Justicia, en el Asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (1952), oportunidad en la que estableció: "Las cláusulas de la nación más favorecida tienen por objeto establecer y mantener en todo tiempo la igualdad fundamental, sin discriminación entre todos los países interesados". La igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. Por regla general, a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula

EXPROPIACION EN TRATADO DE LIBRE COMERCIO-Modalidades/EXPROPIACION EN TRATADO DE LIBRE COMERCIO-Condiciones

En cuanto a la expropiación, el Capítulo 8 consagra dos modalidades: directa e indirecta. En ambos casos, se deben cumplir las siguientes condiciones: (i) que sea por causa de utilidad pública; (ii) se aplique de manera no discriminatoria; (iii) medie un pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización de conformidad con los párrafos 2 a 4; y (iv) se respete el debido proceso.

EXPROPIACION DIRECTA E INDIRECTA EN TRATADO DE LIBRE COMERCIO-Contenido

La Corte considera que la expropiación directa, regulada en el Capítulo 8 del Acuerdo, caracterizada por la transferencia formal del título o del derecho de dominio de un particular al Estado, por causa de utilidad pública o de interés social, previa indemnización, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 58 Superior. En efecto, la Corte ha sido constante en señalar que "el instituto de la expropiación descansa sobre tres pilares fundamentales: i) el principio de legalidad fundamento de todo Estado de Derecho, ii) la efectividad del derecho de defensa y del debido proceso del particular que va a ser expropiado y iii) el pago de una indemnización que no haga de la decisión de la administración un acto confiscatorio, expresamente prohibido en el artículo 34 de la Constitución." Sobre el anterior aspecto, tal y como se precisó en sentencia C-294 de 2002, se debe advertir que la Constitución también autoriza que la expropiación tenga lugar por vía administrativa, "en los casos previamente señalados por el legislador, la cual puede ser impugnada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incluso respecto del precio. Proceso que, no sobra decirlo, debe igualmente respetar el debido proceso y el derecho de defensa del afectado". Más complejo resulta ser el examen constitucional de la denominada expropiación indirecta, regulada en el Anexo 811 del Capítulo 8 del Acuerdo de Libre Comercio, consistente en un acto o una serie de actos realizados por una Parte que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa, pero "sin transferencia formal del derecho de dominio". A renglón seguido, se establece como condición que debe cumplir la medida de efecto equivalente a la expropiación directa, la realización de una investigación fáctica, caso por caso, que considere entre otros factores los siguientes: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de

una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) el grado en el cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental. Aunado a lo anterior, el literal b) del Anexo 811, precisa que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público.

DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO-Discusión acerca del término expropiación indirecta o “regulatory expropriation”

EXPROPIACION INDIRECTA EN DERECHO INTERNACIONAL ECONOMICO-Ejemplos de actos gubernamentales calificados por Tribunales Arbitrales Internacionales como expropiaciones indirectas

Tribunales arbitrales internacionales han calificado como expropiaciones indirectas actos gubernamentales tales como: (i) declaración de zona protegida para la conservación de una especie de vegetal desértica, unida al no otorgamiento de permiso de construcción, en el lugar en donde se llevaría a cabo la inversión; (ii) interferencia de una autoridad regulatoria gubernamental (Consejo de Medios), a efecto de permitir que el inversionista doméstico dé por terminado un contrato, que fue básico para que el inversionista extranjero realizara su inversión; (iii) revocatoria de una licencia de funcionamiento de un depósito de desechos tóxicos; (iv) imposición de tributos excesivos o arbitrarios, que acarrearán la consecuencia de hacer económicamente insostenible la inversión; (v) revocatoria de certificado de zona de libre comercio acarreando la consecuencia de prohibir la importación; y (vi) imposición de administradores designados por el Estado anfitrión. Así, en materia de expropiaciones indirectas no sólo está de por medio la protección de la propiedad privada y la primacía del interés general sobre el particular, como sucede en materia de expropiación directa, sino además el ejercicio de las facultades regulatorias estatales, encaminadas a la protección de intereses legítimos como son la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.

EXPROPIACION INDIRECTA EN TRATADO DE LIBRE COMERCIO-Fundamento constitucional en principio de confianza legítima/**EXPROPIACION INDIRECTA EN TRATADO DE LIBRE COMERCIO**-Condiciones establecidas para su aplicación son razonables y no limitan competencias regulatorias estatales

ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y LA REPUBLICA DE COLOMBIA-Mecanismos de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados se ajustan a la Constitución

CONTRATO DE ESTABILIDAD JURIDICA-Contenido

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE INVERSION EXTRANJERA-Límites

La amplia facultad de que dispone el legislador para regular la inversión extranjera o nacional en Colombia, bien sea mediante leyes o instrumentos internacionales, no puede (i) desconocer la Constitución, en especial, los derechos fundamentales, como tampoco los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, muy particularmente, aquellos referentes a los derechos de los trabajadores. De igual manera, le está vedado al legislador (ii) establecer mecanismos de protección a la inversión foránea que impliquen el reconocimiento y pago de

indemnizaciones pecuniarias irrazonables, desproporcionadas, exorbitantes o infundadas, que atenten contra la salvaguarda del interés general; (iii) que despojen a los jueces nacionales de sus competencias constitucionales; y (iv) que impliquen una vulneración del principio de separación de poderes

TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON CANADA-Comercio transfronterizo de servicios/**TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADA Y LA REPUBLICA DE COLOMBIA**-Proceso de apertura del mercado de servicios en ambiente de libre competencia, mediante la adopción de cláusulas referentes al trato nacional

TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON CANADA-Entrada temporal de personas de negocios/**TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON CANADA**-Políticas de competencia, monopolios y empresas del Estado

Referencia: expediente. LAT-359

Revisión de constitucionalidad del *“Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”*, así como de la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009, aprobatoria del mismo.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión automática del *“Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”*, así como de la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009, aprobatoria del mismo.

I. ANTECEDENTES

La Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, mediante oficio recibido el 14 de diciembre de 2009, remitió a esta Corporación copia auténtica de la Ley 1363 de 2009 “*Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia*”, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 241, numeral 10 de la Constitución, la Corte decida sobre la exequibilidad del tratado internacional y su ley aprobatoria.

Mediante auto del 25 de enero de 2010 el Magistrado Sustanciador avocó el conocimiento del proceso de la referencia. Con el fin de contar con los elementos de juicio necesarios para proferir una decisión de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 241 superior, dispuso la práctica de pruebas en relación con los antecedentes legislativos. Recibidas éstas, dictó auto de continuación de trámite y ordenó dar cumplimiento a lo dispuesto en los numerales cuarto y siguientes del auto del 25 de enero de 2010.

Cumplidos los trámites propios de esta clase de procesos y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir acerca del asunto de la referencia.

II. LEY APROBATORIA Y TRATADO INTERNACIONAL SOMETIDOS AL EXAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

A continuación se transcribe el texto de la ley enviada para revisión.

LEY 1363 DE 2009

(diciembre 9)

Diario Oficial No. 47.558 de 9 de diciembre de 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia” del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”.

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Visto el texto del “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”. (Para ser transcritos: Se adjunta fotocopia de los textos íntegros de los instrumentos internacionales mencionados).

RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 31 de marzo de 2009.

Autorizado. Sométase a la consideración del honorable Congreso de la República para los efectos constitucionales.

(Fdo.) ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de Relaciones Exteriores,

(Fdo.) Jaime Bermúdez Merizalde.

DECRETA

ARTÍCULO 1o. Apruébese el “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”.

ARTÍCULO 2o. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o de la Ley 7ª de 1944, el “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, que por el artículo 1 de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

ARTÍCULO 3o. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

El Presidente del honorable Senado de la República,

JAVIER CÁCERES LEAL.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

EMILIO OTERO DAJUD.

El Presidente de la honorable Cámara de Representantes,

EDGAR ALFONSO GÓMEZ ROMÁN.

El Secretario General de la honorable Cámara de Representantes,

JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO.

REPUBLICA DE COLOMBIA - GOBIERNO NACIONAL

Comuníquese y cúmplase.

Ejecútese, previa revisión de la Corte Constitucional, conforme al artículo 241 -10 de la Constitución Política.

Dada en Bogotá, D. C., a 9 de diciembre de 2009.

ÁLVARO URIBE VÉLEZ

El Ministro de Relaciones Exteriores,

JAIME BERMÚDEZ MERIZALDE.

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

ANDRÉS FERNÁNDEZ ACOSTA.

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo,

LUIS GUILLERMO PLATA PÁEZ.

Debido a su notoria extensión, el texto del tratado internacional es consultable en la página web www.imprenta.gov.co. e igualmente, su texto fue entregado a los integrantes de la Sala Plena.

III. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante auto del 25 de enero de 2010, el Despacho decretó la práctica de las siguientes pruebas:

“Segundo.- Por Secretaría General, **SOLICITAR** a los Secretarios Generales de Senado y Cámara de Representantes respectivamente que, en el término de cinco (5) días contados a partir de la recepción de la respectiva comunicación, envíen a esta Corporación copias auténticas del expediente legislativo del proyecto que culminó con la expedición de la ley 1363 del 9 de diciembre de 2009, aprobatoria del *“Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas entre Colombia y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia,* y se sirvan, adicionalmente,: i) certificar con exactitud cada uno de los quórum deliberatorios y decisorios con los cuales fue aprobada en cada uno de los debates la mencionada Ley, indicando si fue **nominal y público**; ii) certificar el partido político, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos al que pertenecen (o pertenecían) los ponentes escogidos para la realización de cada una de las ponencias; iii) enviar, en **medio magnético** y por escrito –indicando en este último caso las páginas correspondientes-, las Gacetas del Congreso donde aparezcan publicados los anuncios de que trata el Acto Legislativo 01 de 2003; iv) enviar, en **medio magnético** y por escrito –indicando en este último caso las páginas correspondientes-, las ponencias de cada debate y los textos aprobatorios de las mismas; v) de ser pertinente, remitir, en medio magnético y por escrito –indicando en este último caso las páginas correspondientes-, los textos conciliados y sus respectivas aprobaciones en plenarias.

Tercero.- Por Secretaría General, **SOLICITAR** al Ministerio de Relaciones Exteriores que remita a esta Corporación, en el término de cinco (5) días, certificación que, de manera detallada y con la información pertinente, dé cuenta de las etapas de negociación y celebración del tratado internacional bajo revisión, indicando inclusive los nombres y cargos de quienes actuaron a nombre del Estado colombiano, acreditando plenos poderes si fuere el caso. Además, deberá remitir en medio magnético, formato Word, el texto completo del tratado internacional y de sus respectivos anexos.

Una vez recibidas las mencionadas pruebas, el Despacho ordenó seguir adelante con el trámite respectivo.

IV. INTERVENCIONES.

1. Ministerio de Relaciones Exteriores.

Margarita Eliana Manjarrez Herrera, Coordinadora del Área de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores, acudió al proceso de la referencia indicando que, dado que la negociación del tratado fue liderada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se acoge a la intervención realizada por este último.

2. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Roberth Lesmes Orjuela, actuando en representación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible el tratado internacional y su respectiva ley aprobatoria.

Inicia por recordar las características que presenta el control de constitucionalidad de los tratados internacionales, para luego señalar que el Ministerio no encuentra ninguna contradicción entre el tratado y la Constitución.

Explica que existen diversas cláusulas constitucionales que se encaminan, al igual que el tratado bajo examen, a proteger el medio ambiente y a propender por la defensa de los distintos ecosistemas, con el propósito de alcanzar el “*bien común universal*”.

3. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Julio César Daza Hernández, actuando en representación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible el tratado y su ley aprobatoria.

Argumenta que mediante el tratado internacional se mejora el ingreso a los mercados gracias a la eliminación de aranceles sobre las mercancías. De esta manera, “*empresas canadienses como las colombianas serán beneficiarias de una desgravación arancelaria que les permitirá mejorar las exportaciones e importaciones y obtener resultados positivos en su balanza de cambios*”.

Así mismo, explica que unas mercancías se desgravan totalmente a partir de la vigencia del tratado; otras se efectuarán en etapas hasta llegar a 0 y algunas están exceptuadas de la eliminación arancelaria. Adicionalmente, dichas desgravaciones arancelarias van a estar acompañadas de disciplinas de la OMC, entre ambos Estados, tal y como se anuncia en el Acuerdo.

Finalmente, señala que el TLC con Canadá apunta a la internacionalización de las relaciones económicas colombianas, propósito que es conforme con la Constitución.

4. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Luis Guillermo Plata Páez, Ministro de Comercio, Industria y Turismo, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible el tratado y su ley aprobatoria.

Explica el Ministro que las negociaciones del TLC iniciaron el 16 de julio de 2007 en Lima (Perú) y concluyeron el 6 de junio de 2008, en la ciudad de Bogotá. Finalmente, fue suscrito el 21 de noviembre de 2008 entre el interviniente y el señor Stockwell Day, Ministro de Comercio Internacional de Canadá. De tal suerte que no se presentó vicio alguno en la suscripción del instrumento internacional.

Analiza a continuación el interviniente el trámite que conoció el tratado internacional y su ley aprobatoria en el Congreso de la República, para concluir que no se incurrió en vicio alguno de procedimiento.

A continuación se examinan los “*Aspectos transversales relativos al estudio de constitucionalidad del tratado*”, donde se incluyen los temas relativos a la estructura del tratado, sus finalidades, principios orientadores, protección de los consumidores y participación de la comunidad, en especial, indígenas y afrodescendientes.

A renglón seguido, el interviniente analiza cada uno de los Capítulos que conforman el TLC, confrontándolos con la Constitución. Teniendo en cuenta la extensión del texto, conformado por casi 300 páginas, así como las apreciaciones que se realizan en relación con cada uno de los temas, la Corte aludirá al concepto del Ministerio a lo largo de su sentencia.

5. Universidad del Rosario.

Alejandro Vanegas Franco, Decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible el tratado internacional y su correspondiente ley aprobatoria.

En cuanto a los aspectos formales, comenta que el trámite surtido en el Congreso de la República se ajustó a la Constitución, en tanto que en el fondo se adecua a los principios constitucionales referidos a la internacionalización de las relaciones económicas de Colombia, en especial, los artículos 9, 226 y 227 Superiores.

En pocas palabras, sostiene el interviniente que el tratado y su ley aprobatoria no ofrecen reparo alguno de constitucionalidad.

6. Universidad Santo Tomás de Bogotá.

Carlos Rodríguez Mejía, Coordinador del Grupo de Acciones de Interés Público del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte lo siguiente:

“ 1) Que declare la inconstitucionalidad del “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, junto con todos sus anexos, así como la ley 1363 de 9 de diciembre de 2009, aprobatoria del mencionado tratado;

2) Que ordene se devuelva el texto del tratado, para que sea sometido formalmente a la Comisión Permanente de Concertación prevista en el art. 56 de la Constitución, para que surta el obligatorio trámite de discusión por parte de los interlocutores sociales y, una vez realizado, se someta a aprobación del Congreso en forma indicada en el artículo 154, inciso 4;

3) Que previo a su presentación al Congreso, se exija del Gobierno un programa y su correspondiente cronograma para atender las recomendaciones de la Comisión de Expertos y de la Comisión de Aplicación de Normas de la OIT, concertado con los interlocutores sociales y con la asistencia de la Oficina Internacional del Trabajo.”

Explica que el artículo 56 Superior establece la existencia de una Comisión Permanente encargada de fomentar las buenas relaciones laborales y contribuir en la solución de los conflictos sociales, y que además, el Convenio 144 de la OIT establece la consulta tripartita. En tal sentido, a su juicio, el texto del TLC, que incluye un capítulo sobre temas laborales y un Acuerdo de Cooperación en la materia, debió haber sido llevado a la Comisión Permanente, antes de haber surtido el trámite correspondiente en el Congreso de la República.

Agrega que el Capítulo del TLC sobre aspectos laborales implica cumplir con un conjunto de compromisos adquiridos en el seno de la OIT, situación que no se ha presentado por cuanto el Gobierno no ha cumplido plenamente, según el interviniente, con las 19 observaciones que ha realizado la Comisión de Expertos de la OIT. En efecto, cita los casos de persecuciones y asesinatos perpetrados contra líderes sindicales, interceptaciones ilegales de comunicaciones, etc.

Por todas las anteriores razones, estima el interviniente que la Corte debe declarar inexecutable el TLC suscrito con Canadá, así como su ley aprobatoria.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En ejercicio de las competencias previstas en los artículos 242.2 y 278 del texto constitucional, el Procurador General de la Nación presentó concepto núm. 4950 del 22 de abril de 2010, dentro del trámite de la referencia, en el cual solicitó a la Corte declarar executable el tratado internacional y su ley aprobatoria.

En relación con los aspectos formales, la Vista Fiscal hace un minucioso recuento del trámite surtido en el Congreso de la República, para concluir que no se presentó vicio alguno.

A su vez, respecto al fondo, se afirma que el TLC suscrito entre Colombia y Canadá apunta a la internacionalización de la economía nacional y a su integración en los mercados de los países desarrollados. Al respecto, recuerda que, a lo largo de los años, se han consolidado numerosos acuerdos con el mismo propósito, y que todos ellos se ajustan a los mandatos superiores, en especial, a los artículos 9, 226 y 227 de la Constitución.

Finalmente, sostiene que no se presenta reparo alguno de constitucionalidad en los 23 Capítulos y 36 Anexos que conforman el instrumento internacional.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. La competencia y el objeto del control

Según lo previsto en el artículo 241 numeral 10 de la Constitución corresponde a la Corte realizar el control automático de constitucionalidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueban. Sobre el particular cabe resaltar que el control confiado a esta Corporación en estos casos es integral, automático y versa tanto sobre el contenido material del instrumento internacional y de su ley aprobatoria, como sobre la concordancia entre su trámite legislativo y las normas constitucionales aplicables.

1.1. Contenido y alcance del control formal de constitucionalidad en materia de tratados de libre comercio.

El control de constitucionalidad **formal** de los tratados de libre comercio comparte, en esencia, las características de aquel que usualmente se realiza sobre cualquier instrumento internacional.

De allí que la Corte deba analizar (i) la validez de la representación del Estado; (ii) la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de ser procedente, al igual que (iii) el acatamiento al trámite de una ley ordinaria, con dos particularidades: (i) la iniciación del debate en el Senado de la República, por tratarse de asuntos relativos a relaciones internacionales (Art. 154 C.N.); y (ii) la remisión del tratado internacional, al que su correspondiente ley aprobatoria a la Corte Constitucional, por parte del Gobierno, para efectos de su revisión definitiva (Art. 241-10 C.N.).

En tal sentido, en razón del trámite ordinario de la ley, se requiere: (i) el inicio del procedimiento legislativo en la comisión constitucional correspondiente del Senado de la República; (ii) la publicación oficial del proyecto de ley; (iii) la aprobación reglamentaria en los debates de las comisiones y plenarias de cada una de las Cámaras (Art. 157 C.N.); (iv) que entre el primer y segundo debates medie un lapso no inferior a ocho días y que entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, transcurran por lo menos quince días (Art. 160 C.P.); (v) la comprobación del anuncio previo a la votación en cada uno de los debates; y (vi) la sanción presidencial y la remisión del texto a la Corte Constitucional dentro de los seis días siguientes, (Art. 241-10 C.P.).

En cuanto al **elemento material** del control de constitucionalidad, la labor de la Corte consiste en confrontar las disposiciones del instrumento internacional y, a su vez, aquellas de la ley aprobatoria con la totalidad de los preceptos constitucionales, a fin de determinar si se ajustan o no al Texto Fundamental.

Ahora bien, en materia de control de constitucionalidad de tratados internacionales sobre comercio, la Corte ha sentado diversas líneas jurisprudenciales.

Así, de manera reiterada, la Corte Constitucional ha sostenido que el juicio que adelanta sobre los tratados internacionales no es de conveniencia sino jurídico. No obstante lo anterior, lo cierto es que el examen de constitucionalidad acerca del respeto de los principios de equidad, igualdad, reciprocidad y conveniencia nacional, en los términos de los artículos 9, 150.16, 226 y 227 Superiores, tratándose de Acuerdos de Libre Comercio, no puede adelantarse sin tomar en cuenta

las actuales dimensiones de los intercambios comerciales entre las Partes; las expectativas válidas de incremento de aquéllos, al igual que el grado de desarrollo de sus respectivas economías³⁷⁰.

En otras palabras, en los términos de la sentencia C- 031 de 2009, no le basta al juez con examinar la constitucionalidad de los diversos equilibrios, ventajas y concesiones presentes en cada uno de los compromisos asumidos formalmente por los contratantes a lo largo del clausulado que conforma el texto del tratado, sino que este último debe ser apreciado como un todo, aunque por razones metodológicas su estudio se adelante por grandes capítulos o incluso, de forma transversal. Dicho análisis, por lo demás, debe ser llevado a cabo dentro de un contexto histórico y económico específico. De allí que, la conformidad del tratado internacional con la Constitución dependerá no sólo de la ausencia de contradicciones normativas entre el primero y la segunda, sino de la preservación fáctica de los grandes equilibrios alcanzados inicialmente por las Partes contratantes.

A decir verdad, los instrumentos internacionales de comercio suelen ser negociados por los Estados bajo unas determinadas circunstancias económicas, las cuales pueden cambiar drásticamente, afectando el equilibrio primigenio entre las obligaciones y los deberes asumidos entre los contratantes, e incluso, comprometiendo el cumplimiento del tratado. De allí que, en el derecho interno, la declaratoria de exequibilidad del tratado internacional se funde igualmente en un examen apriorístico acerca de los contenidos y alcances de las cláusulas convencionales, juicio que puede cambiar conforme se perciban, con el tiempo, los efectos prácticos de la aplicación del instrumento internacional, siendo posible constatar, por el juez constitucional, la eventual existencia de esos cambios fundamentales en las circunstancias que afectan la eficacia del tratado internacional. De hecho, una de las características de los controles abstractos de constitucionalidad, es la ausencia de elementos fácticos, de aplicación concreta, lo cual le impide a la Corte tomar una decisión plena con todos los elementos de juicio. De allí que la decisión de la Corte se apoya en los elementos de juicio con que cuenta en el momento (intervenciones ciudadanas, concepto de la Procuraduría, condicionamiento a futuras leyes de desarrollo, a regulaciones por decreto, a contratos, etcétera).

Todo lo anterior conduce a señalar que, en materia de control previo de constitucionalidad, la decisión que se toma respecto al tratado sea *a priori*, por cuanto su efectiva adecuación con la Constitución se verificará en la práctica. De allí que, sea dable afirmar la existencia de varias interpretaciones, opiniones y valoraciones sobre la equidad y conveniencia del tratado, así como distintas alternativas hipotéticas de interpretación que llevan a reconocer la presunción de validez y de constitucionalidad del tratado, con base en el *principio in dubio pro legislatoris*.

De igual manera, las futuras ejecuciones legislativas y administrativas del instrumento internacional deben ser conformes con la Constitución. En efecto, es usual que ciertas disposiciones consagradas en tratados internacionales tengan carácter, en términos de la doctrina americana y seguida por la europea, de normas *non-self-executing*³⁷¹, esto es, que para poder desplegar todos

³⁷⁰ Sentencia C- 031 de 2009.

³⁷¹ Para los Profesores Stefan A. Riesenfeld y Frederick Abbot, en su artículo "The scope of U.S. control over the conclusion and operation of treaties", *Parliamentary participation in the making and operation of treaties: a comparative study*, Netherlands, Ed. Nijhoff, 1994, una disposición de un tratado internacional es calificada como *self-executing*, cuando no requiere de una legislación interna para ser aplicada, y puede crear directamente derechos y obligaciones en cabeza de los particulares, invocables ante los tribunales nacionales. Por el contrario, algunas normas internacionales, incorporadas a los ordenamientos internos, precisan de la intermediación de una ley o de un decreto para poder ser invocadas ante los tribunales o administraciones estatales. En este último caso, nos encontraremos ante una norma convencional *not-self-executing*. Sobre el contenido y alcance de la noción de *self-executing*, ver además, T. Buergenthal, "Self-executing and not-self-executing treaties in national and international law", *R.C.A.D.I.*, Tome 235, 1992, pp. 235 y ss.

sus efectos en el ordenamiento interno de un Estado requieran del correspondiente desarrollo normativo, a diferencia de aquellas que son *self-executing* o autoejecutables. Así pues, aquellas disposiciones con rango legal o reglamentario que permitan la debida ejecución interna de un tratado internacional de libre comercio, deberán ser sometidas a los correspondientes controles judiciales.

Quiere ello decir, en los términos de la sentencia C- 031 de 2009, que la Corte se reserva su competencia para examinar toda ley que desarrolle las cláusulas contenidas en un Acuerdo de Libre Comercio, sin que se pueda alegar la operancia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

En este orden de ideas, se concluye y precisa que, la declaratoria de exequibilidad de un tratado internacional de comercio, no afecta (i) la existencia y vigencia plena de competencias normativas del Congreso y del Ejecutivo; (ii) la aplicación, en casos concretos, del bloque de constitucionalidad queda intacta; y (iii) la eventual procedencia de alcance de las acciones constitucionales. Un tratado de libre comercio no puede llevar al vaciamiento o desconocimiento de las competencias de los órganos judiciales que propenden por la defensa de los derechos fundamentales. De hecho, no se puede olvidar que un tratado internacional de libre comercio no es más que una ley, y por ende, debe ser interpretada y aplicada de conformidad con la Constitución.

En igual sentido, la Corte señaló en sentencia C-864 de 2006 que aquellos elementos estrictamente técnicos y operativos que resulten de la aplicación de un tratado de libre comercio, pueden ser resueltos mediante el ejercicio de las respectivas acciones judiciales. En palabras de esta Corporación:

“Finalmente, aun cuando el contenido de los Anexos, previamente descrito, no genera prima facie ninguna violación de la Constitución, pues corresponden a aspectos esencialmente técnicos y operativos que permiten la aplicación de las disposiciones previstas en el Acuerdo de Complementación suscrito, esto no significa que algunos asuntos específicos puedan suscitar controversia en su ejecución, especialmente, en lo referente a la protección de los derechos fundamentales y colectivos. Para la Corte, cualquier problema que se origine en la aplicación de los Anexos y que implique la violación o amenaza de dichos derechos constitucionales, escapa al ámbito del control abstracto de constitucionalidad, por lo que su defensa se puede obtener mediante el ejercicio de las otras acciones constitucionales reconocidas en la Carta Fundamental.

De igual manera, es preciso indicar que el control de constitucionalidad que adelanta la Corte sobre los tratados internacionales comprende la integridad del texto, es decir, los anexos, pies de página, al igual que cualquier comunicación entre las Partes encaminada a acordarle algún sentido o alcance a los compromisos asumidos. Sobre el particular, es preciso recordar la definición que de tratado trae la Convención de Viena de 1969, en su artículo 2º:

*“se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o **en dos o más instrumentos conexos** y cualquiera que sea su denominación particular”*

Pues bien, en cuanto a la intensidad del control de constitucionalidad en lo atinente a tratados de libre comercio, la Corte considera que aquél debe ser leve, en consideración al amplio margen de discrecionalidad de que goza el Presidente de la República como director de las relaciones internacionales y a la materia regulada. Sin embargo, aquél se torna intenso en relación con aquellas cláusulas convencionales que afecten el disfrute de derechos fundamentales constitucionales, tales como la salud y el trabajo, al igual que la protección de las comunidades indígenas y raizales.

En tal sentido, se debe precisar que, en materia de control previo de constitucionalidad sobre tratados de libre comercio, la Corte debe analizar si las normas que restringen derechos fundamentales superan un test de razonabilidad; que los fines a alcanzar sean constitucionales y que las restricciones sean adecuadas.

Así mismo, en cuanto al parámetro para ejercer el control de constitucionalidad de estos tratados internacionales de comercio, se debe tener en cuenta que éstos deben ser conformes con el llamado “*bloque de constitucionalidad*”, muy especialmente, respecto a aquellas normas que tienen rango de *ius cogens*, es decir, en los términos del artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, aquellas disposiciones imperativas de derecho internacional general aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas “*que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*”

2.1. Remisión del Acuerdo y su ley aprobatoria

Mediante oficio del 10 de diciembre de 2009, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió a esta Corporación copia auténtica del “*Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia*”, así como de la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009, aprobatoria del mismo.

2.2. Negociación y celebración del Tratado

La Corte Constitucional ha resaltado, en múltiples oportunidades, el deber constitucional de revisar los tratados internacionales y las leyes que los aprueban y ha afirmado que tal análisis implica comprobar la existencia de las facultades del representante del Estado colombiano para negociar, adoptar el articulado mediante su voto y autenticar el instrumento internacional respectivo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 7 a 10 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969³⁷².

³⁷² El artículo 7° de la citada Convención dispone que la representación de un Estado para todo lo relativo a la celebración de un tratado es válida en cualquiera de los siguientes casos: (1) cuando la persona delegada presenta los adecuados plenos poderes (7.1-a); (2) si de la práctica del Estado, o de otras circunstancias, se deduce que existe la intención de considerar a la persona que participa en la negociación como la representante del Estado para esos efectos, prescindiendo de la presentación de plenos poderes (7.1-b); o (3) cuando se deduce de las funciones que cumple la persona delegada, sin tener que presentar plenos poderes (7.2). En este último caso, el mismo artículo considera que, por razón de sus funciones, representan a su Estado para los efectos de negociar y adoptar el texto de un tratado: (i) los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores (7.2-a); (ii) el jefe de la misión diplomática ante el Estado con el cual se va a celebrar (7.2-b) y (iii) el representante acreditado por el Estado ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de los órganos de ésta (7.2-c). Verificada la ocurrencia de alguna de las circunstancias descritas, debe entenderse cumplido el requisito de representación del Estado para cada una de las diversas etapas dentro de la celebración de un tratado internacional.

En el caso bajo estudio, el Acuerdo fue suscrito por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, Dr. Luis Guillermo Plata Gómez y por el Dr. Stockwell Day, Ministro de Comercio Internacional de Canadá.

El tratado internacional fue negociado con sujeción a lo establecido en el decreto núm. 4712 de 2007, en virtud del cual se reglamentan algunos aspectos procedimentales de las negociaciones comerciales internacionales. En tal sentido, se procedió a designar un jefe negociador y los integrantes del equipo negociador, quienes son servidores públicos de distintas entidades y particulares en ejercicio de funciones públicas. El Ministro de Comercio, Industria y Turismo designó al señor Ricardo Duarte Duarte como Jefe negociador en el Acuerdo Comercial con Canadá.

Posteriormente, en los términos del mencionado decreto, se construyó la posición negociadora colombiana, contando para ello con la participación de la sociedad civil.

Las negociaciones comerciales entre Canadá, Colombia y Perú, iniciaron el 16 de julio de 2007, y concluyeron el 6 de junio de 2008. Se realizaron en total cinco rondas de negociación, las cuales tuvieron lugar en las siguientes ciudades y fechas:

Núm. Ronda	Ciudad	Fechas
I	Lima	16 al 20 de julio de 2007
II	Ottawa	4 al 7 de septiembre de 2007
III	Bogotá	30 de sept. al 6 de oct. 2007
IV	Lima	19 de nov. al 1 de dic. 2007
V	Bogotá	1 al 6 de junio de 2008

Habiendo terminado la negociación, se procedió a realizar una última etapa, denominada “*revisión legal*”, la cual fue llevada a cabo por los equipos jurídicos de ambas Partes, a efectos de alcanzar una equivalencia idiomática entre los textos, los representantes de cada Estado procedieron a suscribir el tratado internacional el 21 de noviembre de 2008, en la ciudad de Lima (Perú).

En este orden de ideas, la Corte considera que se no se presentó vicio alguno en cuanto a la representación internacional del Estado colombiano, en punto a la suscripción del TLC con Canadá.

2.3. Contenido de la nota núm. 080 de 18 de febrero de 2009.

La Embajada de Canadá en Bogotá, mediante Nota núm. 80 del 18 de febrero de 2009, solicitó la corrección de algunos errores en el texto original del tratado, en los siguientes términos:

“La Embajada del Canadá presenta su más atento saludo al Honorable Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia – Oficina Jurídica- y tiene el honor de referirse al Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima el 21 de noviembre de 2008.

La Embajada llama la atención de la Oficina Jurídica sobre errores técnicos y de traducción que aparecen en las versiones del Acuerdo en inglés, francés y castellano. Las correcciones propuestas a los textos se adjuntan a esta Nota.

Dada la naturaleza técnica de los errores, la Embajada agradecería si la Oficina Jurídica aceptara introducir estas correcciones al Acuerdo, las cuales se harían efectivas en la fecha de su Nota aceptando las correcciones.

La Embajada de Canadá se vale de la oportunidad para reiterar al Honorable Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia – Oficina Jurídica- las seguridades de su más alta y distinguida consideración”.

Posteriormente, mediante oficio DM.OAJ.CAT. No. 10627 del 20 de febrero de 2009, el Ministerio de Relaciones Exteriores brindó la siguiente respuesta a la solicitud elevada por el Gobierno canadiense:

“Su Excelencia.

Tengo el agrado de dirigirme a Su Excelencia en la oportunidad de hacer referencia a la Nota No. 080 del 18 de febrero de 2009, en la que informa que se han advertido errores técnicos y de traducción en las versiones en inglés, francés y castellano del “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008. Así mismo, en la mencionada Nota considerando la naturaleza técnica y material de los errores, se propone a la República de Colombia su corrección según se estipula en el “ANEXO” del mencionado Acuerdo, propuesto conjuntamente con la Nota antes mencionada.

Sobre el particular, cumplo con informar a Su Excelencia que el Gobierno de la República de Colombia encuentra que los errores indicados son de recibo y que los términos en que deben ser corregidos conforme aparece en el citado “ANEXO” son apropiados. En consecuencia, su Nota y la presente, junto con el “ANEXO” adjunto a las mismas, constituyen un Acuerdo entre nuestro dos Gobiernos, relativo a las correcciones de errores técnicos y de traducción en las versiones inglés, francés y castellano del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia del 21 de noviembre de 2008.

A su Excelencia

La señora GENEVIVE DES RIVIERES

Embajadora de Canadá en Colombia

La Ciudad.

En este orden de ideas, el 20 de febrero de 2009 se realizó un canje de notas entre la República de Colombia y Canadá, con el propósito de enmendar ciertos errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio, suscrito entre ambos Gobiernos.

Al respecto, la Corte considera que no se presenta vicio alguno de procedimiento por cuanto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 79 permite a las Partes corregir tales errores, en los siguientes términos:

“Artículo 79. Corrección de errores en textos o en copias certificadas conformes de los tratados.

1. Cuando, después de la autenticación del texto de un tratado. los Estados signatarios y los Estados contratantes adviertan de común acuerdo que contiene un error, éste, a menos que tales Estados decidan proceder a su corrección de otro modo, será corregido:

a) introduciendo la corrección pertinente en el texto y haciendo que sea rubricada por representantes autorizados en debida forma;

b) formalizando un instrumento o canjeando instrumentos en los que se haga constar la corrección que se haya acordado hacer; o

c) formalizando, por el mismo procedimiento empleado para el texto original, un texto corregido de todo el tratado.

2. En el caso de un tratado para el que haya depositario, éste notificará a los Estados signatarios y a los Estados contratantes el error y la propuesta de corregirlo y fijará un plazo adecuado para hacer objeciones a la corrección propuesta. A la expiración del plazo fijado:

a) si no se ha hecho objeción alguna, el depositario efectuará y rubricará la corrección en el texto extenderá un acta de rectificación del texto y comunicará copia de ella a las partes en el tratado y a los Estados facultados para llegar a serlo;

b) si se ha hecho una objeción, el depositario comunicará la objeción a los Estados signatarios y a los Estados contratantes.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 se aplicarán también cuando el texto de un tratado haya sido autenticado en dos o mas idiomas y se advierta una falta de concordancia que los Estados signatarios y los Estados contratantes convengan en que debe corregirse.

4. El texto corregido sustituirá "ab initio" al texto defectuoso, a menos que los Estados signatarios y los Estados contratantes decidan otra cosa al respecto.

5. La corrección del texto de un tratado que haya sido registrado será notificada a la Secretaría de las Naciones Unidas.

6. Cuando se descubra un error en una copia certificada conforme de un tratado, el depositario extenderá un acta en la que hará constar la rectificación y comunicará copia de ella a los Estados signatarios y a los Estados contratantes

Además, en el presente caso, técnicamente no se estaba siquiera reformando un tratado internacional vigente, por cuanto las precisiones que se introdujeron en el texto de aquél, tuvieron lugar antes de la ratificación del tratado. Importa sí que las respectivas enmiendas sean sometidas a la aprobación del Congreso de la República, tal y como sucedió en el presente caso.

2.4. Negociación del Tratado y participación de comunidades indígenas y afrodescendientes.

El Ministerio de Relaciones Exteriores, en cumplimiento del Auto del Ponente mediante el cual se le solicitó informara acerca de si a lo largo de las negociaciones del TLC entre Colombia y Canadá se había realizado alguna clase de consulta con las comunidades indígenas y afrodescendientes, respondió lo siguiente:

“Además de los espacios de participación abiertos para la sociedad civil en general tales como i) las reuniones previas a cada ronda; ii) las reuniones posteriores a cada ronda; iii) la habilitación de “el Cuarto de al Lado” y iv) la información en la página web del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sobre el desarrollo de las negociaciones, se crearon espacios exclusivos para los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, con el objetivo de presentar los distintos temas incluidos en la negociación y promover las discusiones en torno a los temas de su interés.

a. Pueblos indígenas.

El 24 de octubre de 2007 se llevó a cabo una reunión en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo entre los miembros del Equipo Negociador y representantes de las Organizaciones Indígenas ONIC y AICO. La reunión tuvo como fin informarles a los representantes de los indígenas el estado actual de las negociaciones adelantadas con Canadá. Asimismo, el Ministerio de Comercio manifestó su interés de celebrar una Mesa Permanente de Concertación con los pueblos indígenas y discutir las negociaciones internacionales en el marco de dicha Mesa. A la reunión no asistieron representantes de las Organizaciones OPIAC y CIT no obstante haberseles invitado (Se adjuntan invitaciones y lista de asistencia).

El 27 de febrero se envió a las Organizaciones Indígenas Nacionales copia del Informe de avance de las negociaciones (Se adjunta copia de la comunicación).

El 29 de febrero de 2008 el MCIT invitó a los presidentes de las Organizaciones Indígenas Nacionales ONIC, OPIAC, CIT Y AICO a una reunión con el Jefe del Equipo Negociador, sin embargo, a la reunión no asistió ningún representante indígena. Estuvieron presentes funcionarios del Ministerio de Comercio, funcionarios del Ministerio del Interior y de Justicia y un funcionario de la Procuraduría General de la Nación (Se adjunta invitaciones y lista de asistencia).

El 12 de marzo de 2008 el Ministerio del Interior y de Justicia convocó a una Mesa Permanente de Concertación con los pueblos indígenas donde el Jefe del Equipo Negociador les informó sobre el estado actual de las negociaciones adelantadas con Canadá. Se discutieron los temas de mayor importancia y la protección de sus derechos constitucionales y legales. Adicionalmente, el equipo negociador escuchó las preocupaciones y aportes de los pueblos indígenas para la negociación. (Se adjunta Acta de la Mesa Permanente de Concertación).

El 28 de marzo de 2008 se realizó una reunión entre el Jefe del Equipo Negociador y representantes de las Organizaciones Indígenas OPIAC y AICO. Durante la reunión se discutieron nuevamente los temas de negociación con Canadá. A la reunión no asistieron representantes de las Organizaciones ONIC y CIT no obstante haberseles invitado (Se adjunta invitaciones y lista de asistencia).

El 13 de mayo de 2008 se envió información actualizada sobre el estado de las negociaciones a los representantes de las Organizaciones Indígenas Nacionales (Se adjunta copia de la carta remisoría).

b. Comunidades afrocolombianas.

El 12 de octubre de 2007 el Jefe del Equipo Negociador se reunió en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con tres delegados de la Subcomisión de TLC's de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades Negras, en el cual se les informó sobre el estado de las negociaciones adelantadas con Canadá. Miembros del Equipo Negociador de propiedad intelectual y servicios expusieron las propuestas en estas materias que se relacionan con los grupos étnicos. Asimismo, el Jefe del Equipo Negociador informó a los Delegados de las comunidades afrocolombianas su interés de realizar una reunión en el marco de la Comisión Consultiva de Alto Nivel para las comunidades negras (Se adjunta lista de asistencia).

El 20 de noviembre de 2007 se llevó a cabo una reunión en el marco de la Comisión Consultiva de Alto Nivel con las Comunidades Negras, en la cual el Jefe del Equipo Negociador informó a los Consultivo Nacionales que representan a los afrocolombianos, el estado de las negociaciones con Canadá en temas relacionados con sus intereses como son el medio ambiente, la biodiversidad, los conocimientos tradicionales y la protección de sus derechos constitucionales y legales (Se adjunta invitación al Jefe Negociador y agenda del evento. El acta de la reunión reposa en los archivos del Ministerio del Interior y de Justicia, por ser la entidad competente de realizar las reuniones de la Comisión Consultiva de Alto Nivel)."

Ahora bien, la pregunta que surge es la siguiente: dado el contenido del tratado internacional, ¿era necesario realizar el proceso de consulta con las minorías étnicas?; y en caso afirmativo, ¿aquella se llevó a cabo adecuadamente?. Para tales efectos, la Corte (i) traerá colación sus precedentes recientes en la materia, en especial en temas de consultas de tratados internacionales; y (ii) resolverá el caso concreto.

2.4.1. Precedentes en materia de consultas de tratados internacionales.

La Corte en sentencia C- 615 de 2009, con ocasión de la revisión "*Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela*", luego de examinar sus anteriores pronunciamientos sobre la consulta previa a las minorías étnicas, consideró lo siguiente en materia de tratados internacionales:

5.3. Particularidades de la consulta previa en el caso de leyes aprobatorias de tratados internacionales.

El tema de la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales es novedoso en la jurisprudencia constitucional colombiana. Así, al momento de examinar la constitucionalidad del “Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América”, sus “cartas adjuntas” y sus “entendimientos”, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006” y la Ley aprobatoria No. 1143 de 4 de julio de 2007, la Corte consideró, en sentencia C- 750 de 2008, que en el caso concreto no era necesario surtirse la consulta previa, como quiera que el tratado internacional no afectaba directamente a las comunidades indígenas, específicamente, en el tema medioambiental. En palabras de la Corte:

“Finalmente cabe recordar, en relación con el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa de las medidas legislativas y administrativas que los afectan, como garantía de su derecho de participación, de conformidad con lo previsto en los artículos 329 y 330 de la Constitución, y que se refuerza con lo dispuesto en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991, y que ha sido considerado por esta corporación como parte del bloque de constitucionalidad, ha considerado la Corte que es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.

*Sin embargo, también ha considerado esta corporación, que tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan **afectarlas directamente**, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley. (negritas fuera del texto original).*

También ha precisado la Corte que, [En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios.

En el presente caso, no se requería adelantar la consulta previa del Acuerdo a las comunidades indígenas y tribales, por cuanto las normas del Capítulo Dieciocho sobre medio ambiente, así como todas las del Acuerdo, han sido expedidas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, y no contienen disposiciones que afecten a éstos grupos de manera específica y directa en su calidad de tales; es decir, ninguna de ellas les impone restricciones o gravámenes o les confiere beneficios a éstos grupos étnicos.

Lo anterior no obsta, para que las disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo surtan la consulta previa obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa. (negritillas agregadas).

Ahora bien, la pregunta que se plantea la Corte es si, dadas las particularidades que ofrece la incorporación de las normas internacionales en Colombia, de conformidad con un paradigma de monismo moderado, se pueden aplicar todas las líneas jurisprudenciales sentadas por esta Corporación en materia de leyes ordinarias y medidas administrativas; o si, por el contrario, es preciso introducir algunos matices, tomando precisamente en cuenta la complejidad que ofrece el proceso de recepción de las disposiciones internacionales en el orden interno colombiano.

Para tales efectos, la Corte (i) analizará el carácter complejo que ofrece la incorporación de los tratados internacionales en Colombia; y (ii) la incidencia que puede tener su carácter bilateral o multilateral.

5.3.1. El carácter complejo de la incorporación de los tratados en Colombia.

La incorporación de disposiciones internacionales en Colombia precisa el cumplimiento de un conjunto de operaciones distintas y sucesivas, en cabeza de diferentes ramas del poder público, con diferentes objetivos; regidas por la Constitución y el derecho internacional público, que conforman un todo indisoluble.

Se trata, en esencia, de un acto jurídico complejo, vale decir, sometido a un procedimiento riguroso, que en el caso colombiano se encuentra regulado por la Constitución de 1991, los “principios de derecho internacional aceptados por Colombia” (art. 9 Superior); la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969; el Reglamento Interno del Congreso, así como por algunas leyes particulares como lo es la Ley 7 de 1944 “sobre vigencia en Colombia de los tratados internacionales y de su publicación”.

En este orden de ideas, el proceso de incorporación se conforma por las siguientes etapas: (i) negociación del tratado a cargo Jefe de Estado o su representante; (ii) suscripción del instrumento internacional; (iii) aprobación congressional; (iv) control de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria y el tratado a cargo de la Corte; (v) ratificación; (vi) entrada en vigencia en el orden internacional; y (vii) entrada en vigor en el orden interno mediante la publicación de la ley en el Diario Oficial. Adicionalmente, es usual que los tratados internacionales requieran de la posterior adopción de medidas administrativas o legislativas internas, a efectos de ejecutar los compromisos internacionales asumidos, medidas todas ellas que son de simple ejecución, no pudiendo modificar las obligaciones internacionales originalmente contraídas, siendo además susceptibles de ser controladas de conformidad con las vías procesales pertinentes.

Siendo ello así, la pregunta es: en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales, ¿en qué momento debe adelantarse la consulta a la comunidad indígena directamente afectada?. Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que ni la Constitución, la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados o el Convenio 169 de la OIT aportan una respuesta normativa a tal interrogante. Sin embargo, con base

en los principios de buena fe y de eficacia que debe orientar la realización de la consulta, y con propósito de que se pueda realmente adelantar un verdadero diálogo intercultural, se puede afirmar que ésta debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional, por parte del Presidente de la República, al Congreso de la República.

En efecto, antes del sometimiento del tratado al Congreso de la República para su aprobación, tienen lugar la negociación y suscripción de aquél, fases que configuran el ejercicio de la soberanía estatal, y al mismo tiempo, los compromisos asumidos internacionalmente constituyen límites al ejercicio de aquélla. En nuestro caso, el Presidente de la República “dirige las relaciones internacionales” (art. 189.2 Superior), lo cual implica que adelante la correspondiente negociación y suscripción del tratado internacional, bien sea directamente o mediante un representante con plenos poderes, en los términos de los artículos 7 a 10 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 1969³⁷³.

En tal sentido, a lo largo de la negociación, los representantes de las Partes acuerdan unos objetivos generales por cumplir, delimitan el objeto y el alcance del tratado internacional, precisan deberes y obligaciones entre los contratantes, indican la duración del compromiso, prevén mecanismos de solución de controversias, deciden la inclusión de cláusulas de salvaguardia, y en últimas, redactan el clausulado. Posteriormente, suscriben o firman el texto acordado, quedando así claro el articulado del instrumento internacional. De tal suerte que, en materia de conclusión de tratados internacionales, las fases de negociación y suscripción o aprobación, ocupan un lugar protagónico.

Siendo ello así, la eficacia de la consulta a las comunidades indígenas dependerá de si ésta tiene lugar antes de que el Jefe de Estado someta el tratado internacional a la aprobación congresional, pudiendo por tanto realizarse o bien durante la negociación, mediante la creación por ejemplo de mesas de trabajo, o ya cuando se cuente con un texto aprobado por las Partes, es decir, luego de la firma del tratado. Si se realiza durante la negociación, las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan (vgr. territorio, conocimientos ancestrales, biodiversidad, recursos naturales, etc); o igualmente ser consultadas una vez se cuente con un texto aprobado, discusión que, dado el caso, podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado.

³⁷³ El artículo 7° de la citada Convención dispone que la representación de un Estado para todo lo relativo a la celebración de un tratado es válida en cualquiera de los siguientes casos: (1) cuando la persona delegada presenta los adecuados plenos poderes (7.1-a); (2) si de la práctica del Estado, o de otras circunstancias, se deduce que existe la intención de considerar a la persona que participa en la negociación como la representante del Estado para esos efectos, prescindiendo de la presentación de plenos poderes (7.1-b); o (3) cuando se deduce de las funciones que cumple la persona delegada, sin tener que presentar plenos poderes (7.2). En este último caso, el mismo artículo considera que, por razón de sus funciones, representan a su Estado para los efectos de negociar y adoptar el texto de un tratado: (i) los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores (7.2-a); (ii) el jefe de la misión diplomática ante el Estado con el cual se va a celebrar (7.2-b) y (iii) el representante acreditado por el Estado ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de los órganos de ésta (7.2-c). Verificada la ocurrencia de alguna de las circunstancias descritas, debe entenderse cumplido el requisito de representación del Estado para cada una de las diversas etapas dentro de la celebración de un tratado internacional.

Lo anterior no significa, por supuesto, que las comunidades indígenas no puedan servirse de los espacios que suelen abrirse durante los debates parlamentarios, con el propósito de ilustrar a los congresistas acerca de la conveniencia del instrumento internacional, o que igualmente intervengan ante la Corte al momento de analizarse la constitucionalidad de aquél.

*De igual manera, el adelantamiento de una consulta previa durante las fases anteriores al sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, no obsta para que, si con posterioridad a la incorporación de aquél al orden interno colombiano se precisa la adopción de medidas legislativas o administrativas **concretas** que afecten igualmente a las comunidades indígenas, deba igualmente surtir el trámite de la consulta previa en relación con aquéllas.*

*A decir verdad, puede suceder, como lo consideró la Corte en sentencia C- 750 de 2008 que, prima facie, el acuerdo internacional **no afectaba** a las comunidades indígenas, y que en consecuencia, no se precisaba, en aquel entonces, el adelantamiento de la consulta; pero que, podía no suceder lo mismo con futuras “disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo”, frente a las cuales sí se debía surtir “la consulta previa obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa”.*

*De igual manera, puede suceder que el instrumento internacional **sí afecte** directamente a las comunidades indígenas, y que por ende, se precisa la realización de la consulta previa. El adelantamiento de ésta no implicará que si en el futuro se adoptan medidas nacionales de ejecución del tratado internacional, bien sean de carácter legislativo o administrativo, estas últimas deban igualmente ser consultadas con las comunidades indígenas; tanto más y en cuanto se trata de medidas de carácter específico, las cuales, se insiste, no pueden modificar los compromisos iniciales y pueden ser sometidas a control judicial por las vías procesales pertinentes.*

5.3.2. El carácter bilateral o multilateral del tratado internacional.

El carácter bilateral o multilateral del tratado internacional puede tener una cierta incidencia en la manera como deba realizarse la consulta a las comunidades indígenas.

En efecto, por su propia dinámica, la negociación de los tratados bilaterales, en especial aquellos de comercio, suelen realizarse en diversas rondas, a lo largo de las cuales se discuten capítulos específicos del acuerdo. Siendo ello, cuando quiera que se aborden temas que afecten directamente a los indígenas, éstos deberán ser consultados, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia constitucional.

Por el contrario, la negociación de tratados internacionales multilaterales, traduce las técnicas legislativas del derecho interno. A decir verdad, el proceso de negociación suele encontrarse institucionalizado, a la manera de las asambleas parlamentarias nacionales³⁷⁴, mediante la realización de conferencias internacionales desarrolladas, en numerosas ocasiones, en el seno de organizaciones internacionales.

³⁷⁴ A. Pellet y P. Dailler, *Droit International Public*, París, 2008.

En tal sentido, una vez convocada la conferencia internacional, se suelen conformar comisiones encargadas de examinar determinados temas, cuyos textos aprobados deberán ser luego sometidos al Plenario. Al respecto, el artículo 9 de la Convención de Viena de 1969 dispone lo siguiente:

“Adopción del texto. 1. *La adopción del texto de un tratado se efectuara por consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.*

2. *La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuara por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.*

De igual manera, la historia diplomática enseña que determinadas conferencias internacionales suelen durar varios años. Por ejemplo, el Protocolo II de Ginebra de 1977, fue precedido por una conferencia internacional que tardó más de tres años en llegar a un acuerdo sobre el texto final del tratado; en otros casos, en materia de comercio internacional, las diversas rondas del GATT, y luego de la OMC, se han caracterizado por su complejidad y duración.

Siendo ello así, la Corte considera que la consulta previa a las comunidades indígenas deberá llevarse a cabo antes de que el Presidente de la República remita el tratado y su ley aprobatoria al Senado. En tal sentido, los indígenas podrán ser consultados al momento de construir la posición negociadora colombiana ante el respectivo foro internacional, con el propósito de que las minorías aporten valiosos elementos de juicio al respecto y como expresión del cambio de paradigma respecto de las relaciones de los Estados con las minorías étnicas existentes dentro de su territorio; pero en todo caso la consulta obligatoria será la que se realice con posterioridad a la suscripción del acuerdo pero antes de aprobación congressional, con el propósito de que los parlamentarios conozcan las consecuencias que, en materia de preservación de los derechos de las minorías, puede implicar la aprobación del tratado internacional. Al respecto, es preciso recordar que el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT establece la obligación, por parte del Gobierno, de realizar este tipo de consulta, pero deja abiertas distintas alternativas respecto de otros elementos que resultan esenciales al momento de configurarla como una institución operante dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, queda claro que, en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales, los aspectos materiales de la consulta previa a las comunidades indígenas se aplican, por cuanto no existen razones constitucionales que justifiquen un trato distinto; por el contrario, en materia de procedimientos, la realización de la consulta deberá ajustarse a la lógica de incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así pues, a manera de síntesis se puede afirmar que cuando se esté ante un tratado bilateral, cuando quiera que se aborden temas que afecten directamente a las minorías étnicas, aquéllas deberán ser consultadas, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia constitucional.

2.4.2. Resolución del caso concreto.

En el caso concreto se trata de un instrumento internacional mediante el cual se crea una zona de libre comercio entre Canadá y Colombia, tratado que está conformado por 23 Capítulos sobre los siguientes temas: disposiciones iniciales y definiciones generales; trato nacional y acceso a mercados de mercancías; reglas de origen; procedimientos de origen y facilitación del comercio; medidas sanitarias y fitosanitarias; obstáculos técnicos al Comercio; medidas de salvaguardia y defensa comercial; comercio transfronterizo de servicios; inversión; telecomunicaciones; servicios financieros; entrada temporal de personas de negocios política de competencia, monopolios y empresas del Estado; contratación pública; comercio electrónico; asuntos laborales; medio ambiente; cooperación relacionada con comercio; transparencia; administración del acuerdo; solución de controversias; excepciones y disposiciones finales.

Ahora bien, en cuanto a la pregunta de si las comunidades indígenas debían o no ser consultadas, resulta relevante traer a colación el siguiente extracto de la intervención del Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué, en el curso del debate que tuvo lugar en las sesiones conjuntas de Comisiones Segundas de Cámara y Senado (Gaceta del Congreso núm. 951 de 2009):

“Interpelación del Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué:

Pues, Ministro, yo de nuevo trato de afianzar un punto de vista que es necesario que el gobierno considere en función de la salud política, en función de la salud para la buena convivencia entre los colombianos, entre tantas áreas sobre las que tenemos serios reparos, una de ellas obviamente tiene vínculos con la manera como se está manejando la tarea de la negociación en perspectiva de acceder en condiciones libres al mercado mundial, en este último caso específicamente vale la pena señalar que en algún momento será necesario una reflexión más desde el ámbito de los políticos del Gobierno; supongo que el Ministro de Comercio Exterior es más un técnico, tiene unas intenciones muy bien traídas sin la pretensión de ponernos en la esfera global en condiciones de franca competitividad, pero otros están muy ocupados en las minucias de la cosa política, politiquera, en la cosa de la conducción misma de la sociedad, y a ellos es que quiero por el conducto de estas discusiones tratar de llamar un poco de su atención. ¿Por qué? Porque nosotros a partir de 1991 nos constituimos en un actor de la sociedad que quiere cooperar, construir, orientar también su destino, en la medida en que sea posible nuestra permanencia en las condiciones que nuestro propio proyecto de vida lo considera, y no ha sido posible.

Dicen que siempre los gobiernos deben considerar la existencia de un 15% que está descontento por lo que sea y se opone a lo que sea de la manera que sea y no les importa; ese 15% es una materia que en ciertos momentos probablemente hay que atender, pero no es un indicador por el que haya que tomar enormes preocupaciones; en el caso nuestro, probablemente ese 15% viene ampliado por la concurrencia de una sociedad como la nuestra, que no ha tenido maneras de poder vivir bien y en buena parte por la manera como se está conduciendo el ejercicio del Gobierno. Hoy con la incursión de la necesidad de las materias primas, el tema minero se vuelve otra vez una amenaza para nosotros; he visto a los afrodescendientes y a algunos indígenas en Suárez, por ejemplo, reflejando el escenario que pudo haber sido en el tiempo de la esclavitud, grandes huecos que grandes máquinas por consentimiento del Gobierno y del Estado llegan a esos territorios a extraer los minerales y todo el estrés que significa esto para la sociedad, para la comunidad se va volviendo poco a poco en una amenaza tremenda para la sociedad nacional,

probablemente no se logre, porque aquí como todo se maneja a la fuerza, al que esté un poco más allá de los niveles del protagonismo y de las posibilidades de incidencia en los escenarios de poder hay que matarlo, sea como sea.

¿Qué hacer entonces para que instrumentos como el de la consulta previa sean reconocidos como un instrumento serio, necesario? Con el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos ahí hicieron un teatro, pero no una consulta. En el tema que tiene que ver con el Ministerio de Agricultura y su Ley Forestal, insistieron también y pupitrearon las iniciativas y pasó. La Ley del Plan de Desarrollo, exactamente igual. Tengo la impresión de que hay otra iniciativa, el Estatuto Rural ocurrió igual, y se caen precisamente porque los instrumentos de la consulta previa no son considerados en forma seria, en forma importante; en la sesión pasada se hizo referencia a la idea en que los indígenas habían concurrido a estas discusiones; necesito tener acceso a esas actas, a esas memorias, qué dijeron, cómo lo dijeron, qué están opinando ahora, cómo hicieron la convocatoria de esos indígenas para que concurran a esas reuniones.

Aquí hay un problema bien serio, una sociedad democrática debe estimular la construcción de organizaciones de la sociedad siempre que ellas se muevan en el margen de la legalidad, en el marco de la legalidad, en el marco de la participación y entendiendo que la Constitución es la regla principal. Pues bien, hace algún tiempo estos indígenas vienen organizándose, pero esas organizaciones no son consideradas en forma seria, de ahí que hace más o menos 20 años haya una inconsistencia para un buen entendimiento. Cómo están considerando la existencia de estas organizaciones, porque son necesarias, son edificantes; presumo que se inventan organizaciones y las invitan, las traen, llevan y vienen y bueno. Quiero entonces subrayar esa preocupación en lo referido a las empresas mineras en los territorios indígenas y afrodescendientes, mediante el instrumento de la consulta previa como un recurso que debe ser tenido en cuenta en forma seria.

En segundo lugar, es bueno señalar lo siguiente: Los TLC con Estados Unidos y Canadá son considerados por los pueblos indígenas como lesivos de sus derechos, pues permiten que árbitros internacionales diriman sus conflictos con empresas transnacionales; no me veo en la condición de ciudadano presenciando una reunión entre las autoridades indígenas, para dirimir un conflicto con una transnacional, porque tampoco veo organismos judiciales del Estado nacional ocupándose en esta tarea, porque para eso estarán los árbitros y esto en el tratado con Estados Unidos quedó claro, además que así sería; los TLC estimulan la privatización y congelan las leyes que han venido aprobando contra los indígenas, bajo la forma de una estabilidad jurídica que garantice indemnizaciones a los inversionistas si estas normas son cambiadas.

El Estatuto Rural del 2007 es un ejemplo, en sus artículos contradice los derechos consagrados por los acuerdos internacionales como el Convenio 169 de la Organización Nacional del Trabajo, prohíbe que en la región del Pacífico y la cuenca del río Atrato del noroccidente del país se constituyan o amplíen resguardos indígenas y que a los ya existentes se les devuelva o sanee el territorio perdido. En fin, hay una serie de preocupaciones que no tienen un escenario para una discusión natural, de forma que llegue a una comisión como esta, el Gobierno con unas negociaciones en las que por pura sensibilidad democrática, expresiones como estas sean suficientemente consideradas para

que no lleguemos con el malestar que siempre llegamos, así que en segundo lugar hago ese comentario.

Sobre el aspecto de los Derechos Humanos, que es una de las preocupaciones mayores que nosotros tenemos, siempre que llega una empresa trasnacional minera llega con la muerte. Cómo vamos a hacer para manejar ese asunto, para tratar de evitar que esta tragedia ocurra, ocurrió con Urrá, y estos indígenas allá están en una condición francamente deplorable. Son poquitos los indígenas que tienen una capacidad de reacción y esos poquitos están representados en esta curul; en el caso de los indígenas que viven cercanos al gran yacimiento de oro del que se habló en Cajamarca, en concordancia con la situación de los campesinos, pues extraño, los primeros días unos desaparecidos, después la misma Fuerza Pública interviene en la forma en que todos conocimos a través de los medios, los pronunciamientos judiciales todavía no son claros, parece ser que va a quedar en la impunidad este desastre; el caso de los a'wa en Nariño, con empresas muy grandes que están tratando, no sé si en asocio con los narcotraficantes, con los guerrilleros, pero también el Estado está interviniendo y no hay manera de encontrar un escenario apropiado para discutir de estos asuntos en forma responsable. La Corte Constitucional dijo que había que instituir un plan, un programa de protección y de precaución en el ámbito de los Derechos Humanos para estos pueblos y para ello hay que proceder a considerar sus puntos de vista. Han pasado dos reuniones, en un ambiente tremendamente complicado y siguen matando a los indígenas.

El que mataron anteayer y que en la plenaria de la sesión de anoche lo anuncié tenía medidas cautelares, nada menos que de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todo esto por dar algunas señales rápidas, en el sentido en que el tema de Derechos Humanos, que es una preocupación de buena parte de los parlamentarios canadienses y algunos organismos de la sociedad civil allá, van a tener que recurrir en nuestros puntos de vista. Se me ocurre, termino con este comentario, que el Presidente, que acaba de salir de los Estados Unidos, debe estar muy contento porque el que va a salir en Canadá jugó en la misma dirección, lo que no va a significar una garantía de que este tratado vaya a evolucionar en perspectiva favorable para el país colombiano; porque hay asuntos que no se han logrado resolver y siguen siendo materia de enormes cuestionamientos en la comunidad internacional, que parece ser que el Gobierno no estimula siquiera rumores para tratar de resolver estos problemas, porque las primeras víctimas en este momento estamos siendo nosotros y no insisto.

No hay un escenario apropiado para que el Gobierno ponga su voluntad y discuta en forma seria este tema y no a través de grandes marchas, que no hacen sino traer desgastes tremendamente complicados y un desentendimiento, que solo se resolverá a través de una nueva marcha mucho más grande, que yo supongo se está preparando y habrá que estimular; pero cómo evitamos esto, para eso está el Gobierno. Pongo la voz para llamar la atención sobre este tema y sentarnos en forma constructiva, seria, definitivamente en la conveniencia de tratar este tema en la responsabilidad debida”.

Como se puede observar, en la intervención del Senador indígena se plantean numerosos argumentos políticos o de conveniencia en relación con la adopción del TLC entre Canadá y Colombia. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, se afirma que el tratado internacional los

afectaría en relación la explotación minera y en lo atinente a la resolución de conflictos que se puedan presentar entre las comunidades indígenas y afrodescendientes y las empresas multinacionales.

En tal sentido, la Corte considera que, al menos en los temas indicados, a realización de la consulta previa se tornaba obligatoria, en los términos de la sentencia C- 615 de 2009. En efecto, en numerosas ocasiones, la Corte ha señalado la relación existente entre la preservación de las culturas indígenas y afrodescendientes y las medidas que puedan afectar su territorio, como lo es precisamente la actividad minera.

Así las cosas, la pregunta siguiente es si las actividades desplegadas por las autoridades públicas satisfacen las condiciones constitucionales de la consulta previa.

Como se ha señalado, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo asegura que el 24 de octubre de 2007 se llevó a cabo una reunión entre los miembros del Equipo Negociador y representantes de las Organizaciones Indígenas ONIC y AICO. La reunión tuvo como fin informarles a los representantes de los indígenas el estado actual de las negociaciones adelantadas con Canadá. Asimismo, el Ministerio de Comercio manifestó su interés de celebrar una Mesa Permanente de Concertación con los pueblos indígenas y discutir las negociaciones internacionales en el marco de dicha Mesa. A la reunión no asistieron representantes de las Organizaciones OPIAC y CIT no obstante haberseles invitado (Se adjuntan invitaciones y lista de asistencia).

Posteriormente, el 27 de febrero se envió a las Organizaciones Indígenas Nacionales copia del Informe de avance de las negociaciones (Se adjunta copia de la comunicación). Luego, el 29 de febrero de 2008 el MCIT invitó a los presidentes de las Organizaciones Indígenas Nacionales ONIC, OPIAC, CIT Y AICO a una reunión con el Jefe del Equipo Negociador, sin embargo, a la reunión no asistió ningún representante indígena. Estuvieron presentes funcionarios del Ministerio de Comercio, funcionarios del Ministerio del Interior y de Justicia y un funcionario de la Procuraduría General de la Nación (Se adjunta invitaciones y lista de asistencia).

De igual manera, el 12 de marzo de 2008 el Ministerio del Interior y de Justicia convocó a una Mesa Permanente de Concertación con los pueblos indígenas donde el Jefe del Equipo Negociador les informó sobre el estado actual de las negociaciones adelantadas con Canadá. Se discutieron los temas de mayor importancia y la protección de sus derechos constitucionales y legales. Adicionalmente, el equipo negociador escuchó las preocupaciones y aportes de los pueblos indígenas para la negociación. (Se adjunta Acta de la Mesa Permanente de Concertación).

Luego, el 28 de marzo de 2008 se realizó una reunión entre el Jefe del Equipo Negociador y representantes de las Organizaciones Indígenas OPIAC y AICO. Durante la reunión se discutieron nuevamente los temas de negociación con Canadá. A la reunión no asistieron representantes de las Organizaciones ONIC y CIT no obstante haberseles invitado (Se adjunta invitaciones y lista de asistencia).

Finalmente, el día 13 de mayo de 2008 se envió información actualizada sobre el estado de las negociaciones a los representantes de las Organizaciones Indígenas Nacionales (Se adjunta copia de la carta remitida).

En cuanto a las comunidades afrocolombianas, el Ministerio sostiene que el 12 de octubre de 2007 el Jefe del Equipo Negociador se reunió en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con tres delegados de la Subcomisión de TLC's de la Comisión Consultiva de Alto Nivel de las Comunidades Negras, en el cual se les informó sobre el estado de las negociaciones adelantadas con Canadá. Miembros del Equipo Negociador de propiedad intelectual y servicios expusieron las propuestas en estas materias que se relacionan con los grupos étnicos. Asimismo, el Jefe del Equipo Negociador informó a los Delegados de las comunidades afrocolombianas su interés de realizar una reunión en el marco de la Comisión Consultiva de Alto Nivel para las comunidades negras (Se adjunta lista de asistencia).

Posteriormente, el 20 de noviembre de 2007 se llevó a cabo una reunión en el marco de la Comisión Consultiva de Alto Nivel con las Comunidades Negras, en la cual el Jefe del Equipo Negociador informó a los Consultivo Nacionales que representan a los afrocolombianos, el estado de las negociaciones con Canadá en temas relacionados con sus intereses como son el medio ambiente, la biodiversidad, los conocimientos tradicionales y la protección de sus derechos constitucionales y legales (Se adjunta invitación al Jefe Negociador y agenda del evento. El acta de la reunión reposa en los archivos del Ministerio del Interior y de Justicia, por ser la entidad competente de realizar las reuniones de la Comisión Consultiva de Alto Nivel)."

Examinadas las pruebas que reposan en el expediente, la Corte concluye que el Estado colombiano sí cumplió con el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. En efecto, los representantes de aquéllas fueron convocados a varias reuniones, aunque lo cierto que es la asistencia no fue la esperada; de igual manera, el propio equipo negociador estuvo presto a atender los requerimientos de los líderes de las comunidades.

Ahora bien, lo anterior no obsta para que, tal y como lo señaló la Corte en sentencia C- 750 de 2008, a propósito de la revisión del Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre Colombia y los Estados Unidos de América, "*las disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo surtan la consulta previa obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa.*"

En este orden de ideas, no se presentó un vicio de procedimiento por ausencia de consulta previa.

2.5. Trámite de aprobación de la Ley 1363 de 2009 en el Senado de la República

Con fundamento en los antecedentes legislativos, las actas publicadas en las Gacetas del Congreso de la República y las certificaciones remitidas a la Corte Constitucional por el Senado de la República y la Cámara de Representantes, se pudo verificar que el trámite surtido en esa Corporación para la expedición de la Ley No. 1363 de 2009 fue el siguiente.

2.5.1. Presentación del proyecto de ley aprobatoria y primer debate conjunto de Comisiones Segundas de Senado y Cámara de Representantes.

El proyecto de Ley núm. 282 de 2009 Senado, por medio de la cual se aprueba el "*Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Colombia*" hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el "*Canje de notas entre Canadá y Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Colombia*" , fue radicado el 1 de abril de 2009 ante la Secretaría General del Senado por el Ministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y el Ministro de Comercio,

Industria y Turismo. El texto aparece publicado en la **Gaceta del Congreso núm. 194** del 3 de abril de 2009.

El **día 24 de abril de 2009**, el Presidente de la República remitió a los Presidentes de Senado y Cámara de Representantes, al igual que a aquellos de las Comisiones Segundas de las mismas Corporaciones, el texto mensaje de urgencia al proyecto de ley 282 de 2009 Senado “*Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá”, suscrito en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “canje de notas que corrige el acuerdo de libre comercio entre la República de Colombia y Canadá”, del 18 de febrero de 2009 y del 20 de febrero de 2009, respectivamente*”.

Actuando en consecuencia, el día 19 de mayo de 2009, en cumplimiento del encargo encomendado por las Mesas Directivas de las Comisiones Segundas de Senado y Cámara de Representantes y de acuerdo con los artículos 169 numeral 2 y 171 de la Ley 5ª de 1992, un grupo de Senadores y Representantes procedió a rendir informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley número 282 de 2009 Senado, 332 de 2009. El texto aparece publicado en la **Gaceta del Congreso núm. 328** del 19 de mayo de 2009.

En el Acta núm. 40 de la sesión celebrada el **día miércoles 20 de mayo** de 2009, la cual fue publicada en la **Gaceta del Congreso número 951** del 24 de septiembre de 2009, figura el siguiente texto del anuncio:

“Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley

POR INSTRUCCIONES DEL PRESIDENTE DE LA COMISION SEGUNDA DEL SENADO DE LA REPUBLICA, ANUNCIO DE DISCUSION Y VOTACION DE PROYECTOS DE LEY PARA LA PROXIMA SESION (ARTICULO 8° DEL ACTO LEGISLATIVO Nº 01 DE 2003).

3. Proyecto de ley número 282 de 2009 Senado y 332 de 2009 Cámara, *por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia.*

Autores: Ministerios de Relaciones Exteriores, Agricultura y Desarrollo Rural, y de Comercio, Industria y Turismo.

Ponentes: honorables Senadores Carlos Emiro Barriga Peñaranda (Coordinador), Jairo Clopatofsky Ghisays (Coordinador Alterno), Juan Manuel Galán Pachón, Manuel Ramiro Velásquez Arroyave, Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda, Luzelena Restrepo Betancur, Alexandra Moreno Piraquive y Jesús Enrique Piñacué Achicué.

Publicaciones: Proyecto de ley: **Gaceta del Congreso** número 194 de 2009.

Ponencia Primer Debate: **Gaceta del Congreso** número 328 de 2009.

(...)

Terminamos la sesión y convocamos para sesión conjunta el **próximo martes** a las 9:30 a. m. con el fin de iniciar el trámite de los proyectos de TLC con Canadá y luego el día miércoles, repetimos, 8:00 a. m., ascensos militares y policiales a grados de General y Almirantes, para luego Superintendencia de Seguridad Privada.

La aprobación del proyecto en la Comisión II del Senado tuvo lugar el día **martes 26 de mayo de 2009**, según consta en el Acta núm. 06 de la Sesión Conjunta realizada con la Comisión II de la Cámara de Representantes, la cual aparece publicada en la **Gaceta del Congreso núm. 919** de 18 de septiembre de 2009. De igual manera, según certificación aportada por el Secretario General de la Comisión II del Senado, “*la Comisión Segunda del Senado **No sesionó** entre los días comprendidos del 20 al 26 de mayo de 2009 (negrillas originales).*”

En cuanto al *quórum* el Secretario de la Comisión II del Senado certificó lo siguiente:

“En relación con el quórum deliberatorio y decisorio se informa que al no haber existido solicitud de verificación del mismo durante la discusión del proyecto de ley No. 282/09 Senado- 332/09 Cámara, éste quedó integrado por once (11) de los trece (13) Senadores que conforman la Comisión Segunda del Senado, algunos de los cuales contestaron a lista al iniciar la sesión y otros se hicieron presentes durante el transcurso de la misma, según consta en el Acta No. 06 de Sesión Conjunta de las Comisiones Segundas del Senado de la República y la Cámara de Representantes del 26 de mayo de 2009, publicada en la Gaceta No. 919 del 18 de septiembre de 2009, la cual se anexa”.

Respecto a la votación del proyecto de ley, el mencionado funcionario certificó lo siguiente:

“Fue aprobado por los Senadores conforme al inciso 1º del artículo 129 del Reglamento del Congreso, con constancia de voto negativo del H. Senador Jesús Enrique Piñacué, según consta en el Acta No. 06 de Sesión Conjunta de las Comisiones Segundas del Senado de la República y la Cámara de Representantes del 26 de mayo de 2009”.

A su vez, en el Acta núm. 32 de la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, del día **miércoles 20 de mayo de 2009**, la cual aparece publicada en la **Gaceta del Congreso núm. 546** del 2 de julio de 2009 (p. 14), figura el anuncio de votación en los siguientes términos:

“Anuncio de proyectos para aprobación en primer debate. Señor Presidente, según lo ordenado por usted y para dar cumplimiento al artículo 8º del Acto legislativo número 01 de 2003 hago el siguiente anuncio de proyectos de ley para la **próxima sesión de Comisión.**

Proyecto de ley número 282 de 2009 Senado 332 de 2009 Cámara, por medio de la cual se aprueba el acuerdo de libre comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú el 21 de noviembre de 2008 y el canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio de la cual se corrigen errores técnicos y materiales del acuerdo de libre comercio entre Canadá y la República de Colombia.

Este proyecto también será debatido y votado en la próxima sesión de Comisión Conjunta de Senado y Cámara.

El proyecto de ley fue aprobado, según certificación aportada por la Secretaria General de dicha célula legislativa, el día **martes 26 de mayo de 2009**, “*por unanimidad en votación ordinaria, con la*

asistencia de 18 Honorables Representantes, Acta No. 06 de sesión conjunta de las Comisiones Segundas de Senado y Cámara”. La aprobación aparece publicada en la **Gaceta del Congreso núm. 919** de 18 de septiembre de 2009, p. 5.

Así las cosas, el proyecto de ley fue anunciado en sesiones conjuntas de las Comisiones II de Cámara y Senado el mismo día (miércoles 20 de mayo de 2009) y votado igualmente (martes 26 de mayo de 2009).

2.3.2. Trámite en la Plenaria del Senado.

La “PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY 282 DE 2009 SENADO, 332 DE 2009 CÁMARA”, fue presentado el día 2 de junio de 2009 por los Senadores *Carlos Emiro Barriga Peñaranda, Jairo Clopatofsky Ghisays, Juan Manuel Galán Pachón, Manuel Ramiro Velásquez Arroyave, Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda, Luzelena Restrepo Betancurt, Alexandra Moreno Piraquive y Jesús Piñacué Achicué*. El texto aparece publicado en la **Gaceta del Congreso núm. 442** del 3 de junio de 2009.

El anuncio para discusión y aprobación de la Ponencia para segundo debate se encuentra en **Acta de Plenaria núm. 61** de la sesión ordinaria del día **martes 16 de junio de 2009**, la cual se halla publicada en la **Gaceta del Congreso núm. 737** del viernes 14 de agosto de 2009 (Pág. 94). El texto es el siguiente:

“Por instrucciones de la Presidencia y de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2003, por Secretaría se anuncian los proyectos que se discutirán y aprobarán en la próxima sesión.

Proyectos con informe de recurso de apelación:

7. Proyecto de ley número 282 de 2009 Senado, 332 de 2009 Cámara, *por medio de la cual se aprueba el ¿Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá?*, suscito en Lima, Perú. El 21 de noviembre de 2008, y el *¿Canje de Notas que corrige el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá?* del 18 de febrero de 2009 y del 20 de febrero de 2009, respectivamente.

Ponentes para segundo debate: Honorables Senadores *Carlos Emiro Barriga Peñaranda, Juan Manuel Galán Pachón, Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda, Jairo Raúl Clopatofsky Ghisays, Alexandra Moreno Piraquive, Manuel Ramiro Velásquez Arroyave, Luzelena Restrepo Betancur, y Jesús Piñacué Achicué*.

Publicaciones Senado:

Proyecto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 194 de 2009.

Ponencia para primer debate publicada en la *Gaceta del Congreso* número 328 de 2009.

Ponencia para segundo debate publicada en la *Gaceta del Congreso* número 422 de 2009.

Autores: Señores Ministros de Relaciones Exteriores, doctor *Jaime Bermúdez Merizalde*; de Agricultura y Desarrollo Rural, doctor *Andrés Fernández Acosta* y Ministro de Comercio, Industria y Turismo, doctor *Luis Guillermo Plata Páez*.

(...)

Siendo las 11:57 p. m., la Presidencia levanta la sesión y convoca para el día **miércoles 17 de junio** de 2008, a las 11:00 a. m.

Posteriormente, durante la sesión Plenaria del 17 de junio de 2009 (**Gaceta del Congreso** núm. **773** del 25 de agosto de 2009), se volvió a anunciar la votación del proyecto de ley en los siguientes términos:

“Señor Presidente, mire los proyectos para discutir y votar en la **próxima Sesión** Plenaria del Senado de la República son los siguientes:

Proyecto de ley número 280 de 2009 Senado, 330 de 2008 Cámara, *“por medio de la cual se aprueba el acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia”*, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, Por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del acuerdo sobre medio ambiente entre Canadá y la República de Colombia.

Proyecto de ley número 281 de 2008 Senado y 331 de 2009 Cámara, *por medio de la cual se aprueba el acuerdo de cooperación laboral entre la República de Colombia y Canadá* suscrito en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de notas que corrige el Acuerdo de Cooperación Laboral entre la República de Colombia y Canadá” del 18 de febrero de 2009 y el 20 de febrero de 2009, respectivamente.

Como se puede apreciar, aparecen anunciados otros dos tratados celebrados con Canadá: uno referente al tema medioambiental; el otro, laboral, mas no el TLC.

El Senado de la República se percató del error y lo enmendó mediante nota aclaratoria, publicada en la **Gaceta del Congreso** núm. **1155 de 2009**. El texto es el siguiente:

NOTA ACLARATORIA DE RELATORIA DE 2009 SENADO.

NOTA ACLARATORIA AL ACTA 62 DE JUNIO DE 2009

El suscrito Secretario General del honorable Senado de la República (e.), se permite hacer la siguiente aclaración:

Que revisadas las grabaciones y las transcripciones correspondiente al Acta número 62 de la sesión plenaria del día 17 de junio del año en curso, publicada en la **Gaceta del Congreso** número 773 de 2009, fue anunciado el Proyecto de ley número 282 de 2009 Senado, 332 de 2009 Cámara, *por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá”, suscrito en Lima, Perú. El 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de Notas que corrige el acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá” del 18 de febrero de 2009 y de 20 de febrero de 2009, respectivamente* y, por omisión involuntaria, no se incluyó en el acta mencionada.

Por esta razón, se hace esta Nota Aclaratoria para subsanar dicho impase.

Saúl Cruz Bonilla

Durante la sesión Plenaria del Senado del 18 de junio de 2009 se aprobó el texto de la ley aprobatoria (**Gaceta del Congreso núm. 835** del miércoles 2 de septiembre de 2009, contentiva del Acta de Plenaria núm. 63). En cuanto a la votación, el Secretario General del Senado certificó lo siguiente:

“La aprobación fue de 98 honorables senadores que aparecen asistiendo a la sesión. Hubo constancias de votos negativos de los honorables senadores ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA, JORGE ENRIQUE ROBLEDO, JESÚS ENRIQUE PIÑACUE, LUIS CARLOS AVELLANEDA Y JORGE ELIECER AVELLANEDA. No hubo votación nominal.”

El texto aprobado en Plenaria de Senado se encuentra publicado en la Gaceta del **Congreso núm. 560** del miércoles 8 de julio de 2009, p. 47.

2.5.4. Trámite en la Plenaria de la Cámara de Representantes.

El texto de la Ponencia para segundo debate en Cámara, aparece publicado en la **Gaceta del Congreso núm. 444** del 8 de junio de 2009.

En relación con el anuncio previo a votación, en el Acta de Plenaria núm. 195 de agosto 11 de 2009, publicada en la **Gaceta del Congreso núm. 1051** de 2009, se lee lo siguiente:

“Subsecretaria General, doctora Flor Marina Daza Ramírez:

Sí Presidente, se anuncian los siguientes proyectos para la Sesión Plenaria del día **miércoles 12 de agosto año 2009**, o para la siguiente Sesión Plenaria en la cual se debatan proyectos de ley o actos legislativos.

Proyecto 332 de 2009 Cámara, 282 de 2009 Senado, *por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, suscrito en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas que corrige el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, del 18 de febrero de 2009 y del 20 de febrero de 2009, respectivamente.*

Durante la sesión Plenaria de la Cámara de Representantes del día 12 de agosto de 2009, según consta en el Acta de Plenaria núm. 196 publicada en la **Gaceta del Congreso núm. 1010** de 2009 (p.66), fue aprobado el TLC entre Canadá y Colombia. En cuanto a la votación, el Secretario General de la Cámara certificó lo siguiente:

“Que en la sesión plenaria de la H. Cámara de Representantes del día 12 de agosto de 2009, a la cual se hicieron presentes ciento cincuenta y seis (156) Honorables Representantes, fue considerado y aprobado en votación nominal informe de ponencia, el título y el articulado del proyecto de ley núm. 332/09 Cámara, 282/09 Senado...de la siguiente manera: proposición con que termina el informe por el Sí: 87, por el No: 3. Articulado, por el sí: 85, por el no: 3.”

Ahora bien, en la Gaceta del Congreso núm. 1025 de 2009, aparece publicada la “*Corrección al texto definitivo del proyecto de ley 332 de 2009 Cámara, 282 de 2009 Senado*”, acompañada de la siguiente nota aclaratoria:

“SECRETARIA GENERAL

Bogotá, D. C., septiembre 28 de 2009.

En Sesión Plenaria del día 12 de agosto de 2009, fue aprobado en segundo debate el texto definitivo con modificaciones del Proyecto de ley número 332 de 2009 Cámara, 282 de 2009 Senado, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá, suscrito en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas que corrige el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá del 18 de febrero de 2009 y del 20 de febrero de 2009, respectivamente. Esto con el fin de que el citado proyecto de ley siga su curso legal y reglamentario y de esta manera dar cumplimiento con lo establecido en el artículo 182 de la Ley 5ª de 1992.

Lo anterior de conformidad con el artículo 5° del Acto Legislativo número 01 de 2009, según consta en el Acta de Sesión Plenaria número 196 de agosto 12 de 2009, previo su anuncio el día 11 de agosto de 2009, según Acta de Sesión Plenaria número 195.

El Secretario General,

Jesús Alfonso Rodríguez Camargo

2.6. El cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en el trámite legislativo de la Ley 1189 de 2008.

2.6.1. Iniciación del trámite en el Senado

A partir del examen efectuado por la Corte Constitucional, pudo verificarse que el Proyecto de Ley inició su curso en el Senado de la República, tal como lo indica el artículo 154 de la Constitución.

2.6.2. Término que debe mediar entre debates

En lo que respecta a las exigencias derivadas de lo dispuesto en el artículo 160 Superior, se encuentra que los términos que deben mediar para las respectivas aprobaciones de un proyecto de ley en la comisión constitucional respectiva y la plenaria correspondiente es de 8 días, y entre la aprobación del proyecto en una Cámara y la iniciación del debate en la otra, es de 15 días.

En el caso concreto es posible evidenciar lo siguiente: la aprobación del texto de la ley, luego de haberse surtido un debate conjunto en Comisiones II de Cámara y Senado tuvo lugar el día martes 26 de mayo de 2009. A su vez, la aprobación en la Plenaria del Senado se presentó el 18 de junio de 2009, en tanto que en la Plenaria de la Cámara de Represente la aprobación se llevó a cabo el día 12 de agosto de 2009. Lo anterior significa que efectivamente mediaron los 8 días entre las aprobaciones en Comisiones y Plenarias, al igual que los 15 días entre la aprobación en la una y la otra.

2.6.3. Publicaciones oficiales

En el numeral 1° del artículo 157 de la Constitución se consagra la obligación de realizar la publicación oficial del proyecto y de la ponencia por parte del Congreso de la República, antes de darle curso en la comisión respectiva. Estas publicaciones se cumplieron así:

- El texto del proyecto de Ley por medio del cual “*Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia*”, aparece publicado en la **Gaceta del Congreso núm. 194** del 3 de abril de 2009.
- El informe de ponencia para debate conjunto en Comisiones Segundas de Senado y Cámara de Representantes aparece publicado en la **Gaceta del Congreso núm. 328 de 2009**.
- El texto definitivo aprobado en debate conjunto en Comisiones Segundas de Senado y Cámara de Representantes fue publicado en la **Gaceta del Congreso número 919 de 2009**.
- Las ponencias para debates en Plenarias de Senado y Cámara aparecen publicada en las **Gacetetas del Congreso núms. 422 y 444 de 2009**, respectivamente.
- La aprobación en Plenaria de Senado aparece publicada en la **Gaceta del Congreso núm.835 de 2009**, en tanto que aquella de la Cámara de Representantes lo está en la **Gaceta del Congreso núm. 1010 de 2009**.
- El texto aprobado en la Plenaria de la Cámara de Representantes aparece publicado en la **Gaceta del Congreso núm. 1025 de 2009**.
- La Ley 1363 de 2009 aparece publicada en el Diario Oficial núm. 47.558 de 2009.

2.6.4. Quórum y Mayorías

Fue posible verificar que el trámite legislativo observó el requisito del quórum decisorio en el sentido prescrito por el artículo 146 de la Constitución Nacional, y que igualmente se cumplieron con los debates y aprobaciones en las Comisiones Segundas Permanentes y en las Plenarias de Senado y Cámara, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 160 y 163 superiores. Veamos.

a. Comisión Segunda del Senado.

La certificación expedida por el Secretario de la Comisión II del Senado reza:

“En relación con el quórum deliberatorio y decisorio se informa que al no haber existido solicitud de verificación del mismo durante la discusión del proyecto de ley No. 282/09 Senado- 332/09 Cámara, éste quedó integrado por once (11) de los trece (13) Senadores que conforman la Comisión Segunda del Senado, algunos de los cuales contestaron a lista al iniciar la sesión y otros se hicieron presentes durante el transcurso de la misma, según consta en el Acta No. 06 de Sesión Conjunta de las Comisiones Segundas del Senado de la República y la Cámara de Representantes del 26 de mayo de 2009, publicada en la Gaceta No. 919 del 18 de septiembre de 2009, la cual se anexa”.

Y más adelante afirma lo siguiente:

“Fue aprobado por los Senadores conforme al inciso 1º del artículo 129 del Reglamento del Congreso, con constancia de voto negativo del H. Senador Jesús Enrique Piñacué, según consta en el Acta No. 06 de Sesión Conjunta de las Comisiones Segundas del Senado de la República y la Cámara de Representantes del 26 de mayo de 2009”.

b. Comisión Segunda de la Cámara de Representantes.

El Secretario de la Comisión II de la Cámara de Representantes certificó que el proyecto de ley aprobatoria del tratado fue acogido el día martes 26 de mayo de 2009, “*por unanimidad en votación ordinaria, con la asistencia de 18 Honorables Representantes, Acta No. 06 de sesión conjunta de las Comisiones Segundas de Senado y Cámara*”.

c. Plenaria del Senado.

El Secretario General del Senado de la República certificó lo siguiente:

“La discusión y aprobación de la ponencia para segundo debate se encuentra publicada en la gaceta del congreso núm. 835 del miércoles 2 de septiembre de 2009, según acta número 63 de la sesión ordinaria del 18 de junio de 2009, páginas 136 – 145. La aprobación fue de 98 honorables senadores que aparecen asistiendo a la sesión. Hubo constancias de votos negativos de los honorables senadores ARMANDO BENEDETTO VILLANEDA, JORGE ENRIQUE ROBLEDO, JESÚS ENRIQUE PIÑACUE, LUIS CARLOS AVELLANEDA Y JORGE ELIECER GUEVARA. No hubo solicitud de votación nominal.”

d. Plenaria de la Cámara de Representantes.

La certificación emitida por el Secretario General de la Cámara de Representantes dice lo siguiente:

“Que en Sesión Plenaria de la H. Cámara de Representantes del día 12 de agosto de 2009, a la cual se hicieron presentes ciento cincuenta y seis (156) Honorables Representantes, fue considerado y aprobado en votación nominal Informe de Ponencia, el Título y el Articulado del Proyecto de Ley no. 332/09 Cámara, 282/09 Senado “POR MEDIO DE LA CUAL SE APRUEBA EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADÁ Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIAN, HECHO EN LIMA, PERÚ, EL 21 DE NOVIEMBRE DE 2008, Y EL CANJE DE NOTAS ENTRE CANADA Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DEL 20 DE FEBRERO DE 2009, POR MEDIO DE LA CUAL SE CORRIGEN ERRORES TÉCNICOS Y MATERIALES DEL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CANADÁ Y LA REPÚBLICA DE COLOMBIA”, de la siguiente manera: Proposición con que termina el informe por el SI: 87; por el No: 3. Articulado: Por el SI 85, por el NO 3. Título y pregunta ¿Quiere que sea ley de la República? Por el SI 90, por el No 3. Lo anterior consta en el registro electrónico y manual remitido por la Subsecretaría General de la Corporación que aparece publicado a páginas 3 a 5 de la Gaceta del Congreso 1010/09 y en el Acta de Sesión Plenaria núm. 196 de la misma fecha, publicada en la misma (sic), anexo la Gaceta en comentario (ver. Pág. 23 a 38).

Que el proyecto en comento fue anunciado previamente a la votación en Plenaria el 11 de agosto de 2009, según consta en el Acta de Plenaria Núm. 195 de la misma fecha, el cual se encuentra publicada en la Gaceta del Congreso núm. 1051/09 (ver pág. 66).”

2.6.5. Examen del cumplimiento del requisito del anuncio previo consagrado en el artículo 160 constitucional dentro del trámite legislativo de aprobación de la ley 1363 de 2009.

Una vez revisadas las pruebas que reposan en el expediente, la Corte constata que los anuncios realizados durante el trámite de la Ley 1363 de 2009 se ajustan a la Constitución. Para mayor claridad se elaboró el siguiente cuadro:

Órgano	Fecha del anuncio	Fecha de la votación
Comisiones II Conjuntas de Cámara y Senado	Sesión del miércoles 20 de mayo de 2009. Se anuncia votación para la “ <i>próxima sesión</i> ” y se cita para “ <i>el próximo martes</i> ”. No hubo sesiones entre el 20 y el 26 de mayo.	La votación tuvo lugar el martes 26 de mayo de 2009.
Plenaria de Senado	Se anunció el día 17 de junio de 2009 para “ <i>la próxima sesión</i> ” y se convocó para el miércoles 17 de junio. El 17 de junio se volvió a anunciar para “ <i>la próxima sesión</i> ”.	Se aprobó el día 18 de junio de 2009.
Plenaria de Cámara	Se anunció el día 11 de agosto de 2009 para “ <i>día miércoles 12 de agosto de 2009</i> ”.	Se aprobó el 12 de agosto de 2009.

Como se puede observar, todas las votaciones fueron debida y previamente anunciadas.

En cuanto al anuncio previo de votación en Plenaria de Senado del día 17 de junio de 2009, como se explicó, por un error involuntario no fue incluido en el texto de la Gaceta del Congreso núm. 773 de 2009, aunque sí fue realizado según consta en la certificación expedida por el Secretario General del Senado (e), la cual aparece publicada en la Gaceta del Congreso núm. 1155 de 2009. Se trató, en consecuencia, no de una ausencia de anuncio previo sino de una omisión involuntaria al momento de elaborar la Gaceta del Congreso correspondiente a la transcripción del Acta de Plenaria núm. 62 de 2009. En consecuencia, no se considera que se haya incurrido en un vicio de procedimiento.

3. La constitucionalidad del tratado internacional en sus aspectos materiales.

3.1. Descripción del instrumento internacional y de sus anexos.

3.1.1. Estructura general del TLC.

El Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia está conformado por 23 capítulos y 36 anexos, (32 anexos a los capítulos y 4 al tratado internacional). De igual manera, el artículo 2301 dispone que los anexos, apéndices y notas a pie de página constituyen parte integral del mismo.

La estructura general del TLC es la siguiente:

Capítulo	Anexo	Materia
Capítulo I. Disposiciones iniciales y definiciones generales.	Anexo 103	Acuerdos multilaterales de medio ambiente.
Sección A. Disposiciones iniciales.		
Sección B. Definiciones generales.	Anexo 106	Mercancías remanufacturadas.
Capítulo II. Trato nacional y acceso a mercados de mercancías.	Anexo 202	Excepciones al trato nacional y restricciones a la importación y exportación.
Sección A. Trato nacional		Eliminación arancelaria
Sección B. Eliminación arancelaria.	Anexo 203	
Sección C. Regímenes especiales.	Anexo 210	Impuestos a la exportación

<p>Sección D. Medidas no arancelarias.</p> <p>Sección E. Agricultura.</p> <p>Sección F. Disposiciones institucionales.</p> <p>Sección G. Definiciones.</p>	<p>Anexo 217</p> <p>Anexo 218</p>	<p>Medidas de salvaguardia</p> <p>Sistema Andino de Franja de Precios.</p>
Capítulo III. Reglas de origen	Anexo 301	Reglas específicas de origen
<p>Capítulo IV. Procedimientos de origen y facilitación del comercio.</p> <p>Sección A. Procedimiento de origen.</p> <p>Sección B. Facilitación del comercio.</p>		
Capítulo V. Medidas sanitarias y fitosanitarias.		
Capítulo VI. Obstáculos Técnicos al Comercio.	Anexo 609.1	Coordinadores Nacionales sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.
Capítulo VII. Medidas de Salvaguardia y Defensa Comercial.		
<p>Capítulo VIII. Inversión.</p> <p>Sección A. Obligaciones</p>	Anexo 810	Controles de capitales

<p>Sustantivas.</p> <p>Sección B. Solución de Controversias entre un Inversionista y la Parte Anfitriona.</p> <p>Sección C. Definiciones.</p> <p>Sección D. Solución de Controversias para contratos de Estabilidad Jurídica.</p>	<p>Anexo 811</p> <p>Anexo 821</p> <p>Anexo 822</p> <p>Anexo 831</p> <p>Anexo 837</p>	<p>Expropiación indirecta</p> <p>Formatos estándar de renuncia y consentimiento conforme al artículo 821 de este acuerdo</p> <p>Sometimiento de una reclamación a arbitraje.</p> <p>Escritos por una Parte Contratante.</p> <p>Exclusión de la Solución de Controversias.</p>
<p>Capítulo IX. Comercio Transfronterizo de servicios</p>	<p>Anexo 908.4</p>	<p>Directrices para acuerdos o convenios de reconocimientos mutuos (ARM) para el sector de servicios profesionales.</p>
<p>Capítulo X. Telecomunicaciones.</p>		
<p>Capítulo XI. Servicios financieros.</p>	<p>Anexo 1101.5</p> <p>Anexo 1105</p>	<p>Entendimiento respecto a medidas sobre servicios financieros.</p> <p>Comercio transfronterizo</p> <p>Autoridades responsables de</p>

	Anexo 1114	los servicios financieros.
Capítulo XII. Entrada temporal de personas de negocios	Anexo 1203	Entrada temporal de personas de negocios.
Capítulo XIII. Política de competencia, monopolios y empresas del Estado.	Anexo 1308	Definiciones específicas de país de empresas del Estado.
Capítulo XIV. Contratación pública.	Anexo 1401.1	Entidades del nivel central del Gobierno.
	Anexo 1401-2	Otras entidades cubiertas.
	Anexo 1401-3	Mercancías
	Anexo 1401-4	Servicios
	Anexo 1401- 5	Servicios de construcción.
	Anexo 1401- 6	Notas generales
	Anexo 1401- 7	Fórmulas de ajuste de los umbrales.
	Anexo 1401- 8	Autoridades colombianas para propósitos del artículo 1412.
		Extensión de las obligaciones de transparencia.

	Anexo 1401- 9	Entidades no cubiertas.
	Anexo 1401- 10	
Capítulo XV. Comercio electrónico.		
Capítulo XVI. Asuntos laborales.		
Capítulo XVII. Medio ambiente.		
Capítulo XVIII. Cooperación relacionada con comercio.		
Capítulo XIX. Transparencia. Sección A. Transparencia. Sección B. Anticorrupción.		
Capítulo XX. Administración del acuerdo.	Anexo 2001	Comités, grupo de trabajo y coordinadores del país.
Capítulo XXI. Solución de controversias.		
Capítulo XXII. Excepciones.		
Capítulo XXIII. Disposiciones finales.		
ANEXO I.		
ANEXO II		
ANEXO III		
ANEXO 203. Lista de eliminación arancelaria de Canadá.		

3.2. Preámbulo.

En el texto del Preámbulo, Colombia y Canadá manifiestan su interés en estrechar sus vínculos de amistad, solidaridad y cooperación, entre sus pueblos y en desarrollo de sus respectivos derechos y obligaciones derivados del Acuerdo de Marrakech, por medio del cual se creó la Organización Mundial del Comercio.

Afirman igualmente la necesidad de crear un mercado ampliado y seguro para los bienes y servicios producidos en sus respectivos territorios, así como *“asegurar un esquema comercial predecible para la planeación de negocios e inversiones”*.

Así mismo, afirman sus derechos a usar, al máximo, las flexibilidades contenidas en el Acuerdo ADPIC, incluyendo aquellas para proteger la salud pública, en particular, aquellas para promover el acceso a medicamentos para todos.

Por último, reafirman sus compromisos en relación con el respecto por los valores y principios de la democracia y la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, previstas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

3.3. Capítulo 1. Disposiciones iniciales y definiciones generales.

El Capítulo I, sobre disposiciones iniciales y definiciones generales, establece la creación de una zona de libre comercio, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

De igual manera, se prevé las relaciones entre el TLC y otros tratados internacionales, tales como el Acuerdo de Marrakech y los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente.

Así mismo, se definen conceptos tales como Acuerdo MSF, Acuerdo sobre la OMC, clasificación arancelaria, Comisión, empresa del Estado, mercancía manufacturada, persona, etc. A su vez, en cuanto a las autoridades competentes establece lo siguiente:

“Gobierno nacional significa:

- (i) respecto a Canadá, el Gobierno de Canadá, y
- (ii) respecto a Colombia, el nivel nacional de gobierno.

Gobierno subnacional significa, respecto a Canadá, los gobierno provinciales, territoriales o locales. Con respecto a Colombia, como República unitaria, el término “gobierno subnacional” no se aplica”.

De igual manera, en cuanto a la aplicación territorial del tratado se tiene:

“territorio significa:

- (i) respecto a Colombia, su territorio terrestre, tanto continental como insular, su espacio aéreo y las áreas marítimas sobre las cuales ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción de conformidad con su derecho interno y el derecho internacional, y
- (ii) respecto a Canadá (A) el territorio continental, el espacio aéreo, las aguas interiores y el mar territorial sobre el cual Canadá ejerce soberanía; (B) la zona exclusiva económica de Canadá, tal como lo determine su legislación interna, de conformidad con la Parte V de la Convención de las Naciones Unidas de la Ley del Mar (UNCLOS) del 10 de diciembre de 1982; y (C) la plataforma continental de Canadá, tal como lo determina su legislación interna, de conformidad con la Parte VI de UNCLOS”.

Por último, el Capítulo I viene acompañado de un “*Anexo 103*” sobre Acuerdos Multilaterales de medio ambiente, y un “*Acuerdo 106*” sobre mercancías remanufacturadas.

3.4. Capítulo 2. Trato Nacional y Acceso a Mercados de Mercancías.

El Capítulo 2 contiene un artículo inicial que dispone lo siguiente:

“Artículo 201. Ámbito y cobertura. Salvo disposición en contrario en este Acuerdo, este Capítulo se aplica al comercio de mercancías de una Parte”

A su vez, el Capítulo 2 se encuentra integrado por las siguientes secciones: Sección A (Trato nacional); Sección B (Eliminación arancelaria); Sección C (Regímenes especiales); Sección D (Medidas no arancelarias); Sección E (Agricultura); Sección F (Disposiciones institucionales) y Sección G (Definiciones). De igual forma, comprende los siguientes Anexos: Anexo 202 (Excepciones al trato nacional y restricciones a la importación y exportación); Anexo 203 (Eliminación arancelaria); Anexo 210 (Impuestos a la exportación); Anexo 217 (Medidas de salvaguardia) y Anexo 218 (Sistema Andino de Franja de Precios).

Así, la **Sección A**, referente al trato nacional, según la cual el trato a ser acordado por una Parte, respecto a un gobierno subnacional, no podrá ser menos favorable que aquel que ese gobierno le acuerde a bienes similares o directamente competitivos o sustitutos, según sea el caso, de la Parte de la cual forma es uno de sus elementos.

Por su parte, la **Sección B** dispone, como regla general, que ninguna Parte podrá incrementar arancel alguno aduanero existente, o adoptar uno nuevo, sobre una mercancía originaria.

En la **Sección C** se establecen los regímenes especiales según los cuales cada Parte autorizará la admisión temporal libre de aranceles aduaneros para determinadas mercancías, independientemente de su origen o de si mercancías similares, directamente competidoras o sustitutas.

A su vez, en la **Sección D** se regulan las medidas no arancelarias, es decir, lo atinente a las restricciones a la importación y exportación de productos; licencias de importación; cargas y formalidades administrativas; impuestos a la exportación; valoración aduanera y productos distintivos.

En la **Sección E** se reglamentan los temas agrícolas. Al respecto, las Partes se comprometen a coadyuvar en el cumplimiento del objetivo de eliminar multilateralmente las subvenciones, en el seno de la OMC. Así mismo, se obligan a no mantener, introducir o reintroducir subvenciones a las exportaciones agrícolas sobre ninguna mercancía agrícola originaria o enviada desde su territorio, que sea exportada directa o indirectamente al territorio de la otra Parte.

A su vez, en la **Sección F** se crea un Comité de Comercio de Mercancías, competente para promover el comercio entre las Partes, abordar los obstáculos al comercio, así como revisar cualquier enmienda al Sistema Armonizado. Así mismo, se crea un Subcomité Agropecuario, competente para monitorear la cooperación e implementación de la Sección E, al igual que, entre otras actividades, evaluar el desarrollo del comercio agrícola entre las Partes.

Por último, en la **Sección G** se establecen algunas definiciones tales como Acuerdo AD, Acuerdo SMC, arancel aduanero, componente fijo del SAPF, etcétera.

3.5. Capítulo 3. Reglas de origen.

El Capítulo 3 del TLC regula lo referente a las reglas de origen. Al respecto, se prevé un conjunto de métodos técnicos, a efectos de determinar si una determinada mercancía o producto puede ser válidamente calificada como originaria de un Estado Parte, tales como que (i) la mercancía sea obtenida en su totalidad en el territorio de una de las Partes; (ii) el producto es fabricado enteramente en aquél; o (iii) la mercancía satisface las condiciones previstas en el Anexo 301.

De igual manera, a lo largo del Capítulo 3 se regula lo referente a (i) operaciones mínimas; (ii) pruebas de valor; (iii) valor de las mercancías; (iv) materiales intermedios usados en la producción; (v) acumulación; (vi) “*de minimis*”; (vii) mercancías y materiales fungibles; (viii) materiales indirectos; (ix) accesorios, repuestos y herramientas, entre otros.

Así pues, en líneas generales, la finalidad de este capítulo consiste en fijar unos criterios técnicos de calificación y los correspondientes procedimientos de certificación y verificación del origen de las mercancías de ambos países.

3.6. Capítulo 4. Procedimientos de origen y facilitación del comercio.

El Capítulo 4 del TLC regula lo atinente a diversos procedimientos técnicos, encaminados a determinar el origen de una mercancía o producto, al igual que ciertas medidas encaminadas a facilitar el comercio entre las Partes.

En este orden de ideas, se reglamenta el tema de los requisitos que debe cumplir un certificado de origen; las obligaciones respecto a las importaciones; las excepciones; las obligaciones relativas a las exportaciones; los registros; verificaciones de origen y reglamentaciones uniformes.

De manera complementaria, establece un conjunto de medidas dirigidas a facilitar el comercio entre las Partes, entre ellas: agilizar los trámites aduaneros para abaratar costos; establecer procedimientos administrativos más transparentes; procesos de automatización; administración del comercio sin papeles; confidencialidad; envíos expresos; resoluciones anticipadas, al igual que la creación de un Subcomité competente en la materia.

3.7. Capítulo 5. Medidas sanitarias y fitosanitarias.

El Capítulo 5 del instrumento internacional versa sobre las medidas sanitarias y fitosanitarias aplicables al comercio de productos entre Canadá y Colombia. En tal sentido, se establecen unos objetivos comunes, tales como la protección de la vida y salud humana, animal y vegetal, al igual que impedir que tales medidas de orden técnico generen barreras injustificadas al comercio binacional.

Para la consecución de tales fines, se prevé la creación de un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, encargado de, entre otras labores, diseñar, implementar y revisar programas de cooperación técnica e institucional; promover el mejoramiento en la transparencia de las medidas sanitarias y fitosanitarias, al igual que prevenir y resolver las discusiones que se presenten en la materia.

3.8. Capítulo 6. Obstáculos técnicos al comercio.

El Capítulo 6 del TLC está dedicado a la regulación de los obstáculos técnicos al comercio. Para tales efectos, se prevén como objetivos: el mejoramiento de la implementación del Acuerdo OTC; asegurar que las normas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad, incluyendo aquellos relativos a la metrología, no creen obstáculos innecesarios al comercio, al igual que impulsar la cooperación conjunta entre las Partes.

De igual manera, el mencionado Capítulo se encuentra acompañado por un Anexo 609.1 sobre "*Coordinadores nacionales sobre obstáculos técnicos al comercio*".

3.9. Capítulo 7. Medidas de salvaguardia y defensa comercial.

A lo largo del Capítulo 7 del TLC se estipula lo referente al proceso de adopción de medidas de salvaguardia, limitándolas en el tiempo, imponiendo el deber de notificarla y de elevar consultas con la otra Parte, al igual que los procedimientos de investigación y los requisitos de transparencia necesarios para imponerlas.

De igual manera, se regula lo referente a las medidas antidumping y los derechos compensatorios, previendo la asignación de competencias a determinadas autoridades en la materia.

3.10. Capítulo 8. Inversión.

El Capítulo 8 del TLC suscrito entre Canadá y Colombia regula lo atinente a la inversión. En tal sentido, se estipulan las cláusulas de trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato, compensación por pérdidas, requisitos de desempeño, altos ejecutivos y juntas directivas, medidas disconformes, transferencias, expropiación, formalidades especiales y requisitos de información, denegación de beneficios, medidas sobre salud, seguridad y medio ambiente, Comité de Inversión, solución de controversias, reclamaciones, sometimiento de una reclamación al arbitraje, consentimiento al arbitraje, al igual que todo lo atinente a la conformación y el funcionamiento del tribunal de arbitramento.

De igual manera, a lo largo de la Sección D se regula el tema de la solución de controversias para contratos de estabilidad jurídica. Al respecto, prevé que el inversionista canadiense podrá someter una reclamación a arbitraje sobre la interpretación o el cumplimiento, por parte del Gobierno de Colombia, de un contrato de estabilidad jurídica, sólo de conformidad con la legislación colombiana.

A su vez, en el Anexo 811 se establece la figura de la expropiación indirecta, consistente en que se trata de una medida o de un conjunto de éstas, adoptada por una Parte y que tiene un efecto equivalente a una expropiación directa, sin que medie transferencia formal del título o derecho de dominio.

3.11. Capítulo 9. Comercio Transfronterizo de Servicios.

El Capítulo 9 del TLC se encuentra dedicado a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte, que afecten el comercio transfronterizo de servicios que realicen los proveedores de servicios de la otra Parte, incluidas las relativas a la producción, comercialización, venta y prestación de un servicio; la compra o el uso o el pago de un servicio; el acceso a y el uso de sistemas de distribución y transporte o de redes de telecomunicaciones y servicios relacionados con el suministro de un servicio, así como el otorgamiento de una fianza u otra forma de garantía financiera, como condición para el suministro de un servicio.

Aunado a lo anterior, en materia de servicio, se incluyen las cláusulas de trato nacional, nación más favorecida, acceso a mercados, presencia local, medidas disconformes, reconocimiento, concesión de licencias temporales, transferencias y pagos, al igual que un conjunto de directrices para acuerdos o convenios de reconocimiento mutuo para el sector de servicios profesionales.

3.12. Capítulo 10. Telecomunicaciones.

En materia de telecomunicaciones, el Capítulo 10 regula lo referente al acceso a y uso de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones; comportamiento de los proveedores importantes; organismos de regulación independientes y proveedores de telecomunicaciones de propiedad del Gobierno; licencias y otras autorizaciones; solución de controversias nacionales sobre telecomunicaciones; transparencia; así como el servicio público de transporte de telecomunicaciones.

3.13. Capítulo 11. Servicios financieros.

Los servicios financieros se encuentran regulados en el Capítulo 11 del TLC. Sobre el particular, se incluyen las cláusulas del trato nacional, la nación más favorecida, el derecho de establecimiento, el comercio transfronterizo, los nuevos servicios financieros, el tratamiento de cierto tipo de información, los altos ejecutivos y las juntas directivas, las medidas disconformes, los sistemas de pagos y compensaciones, al igual que el Comité de Servicios Financieros.

3.14. Capítulo 12. Entrada temporal de personas de negocios.

El Capítulo 12 del TLC establece diversas cláusulas convencionales, referentes a la entrada temporal de personas de negocios. Al respecto, se prevé el ingreso a cada país de hombres de negocios que cumplan con las medidas referentes a la salud, la seguridad pública y nacional.

3.15. Capítulo 13. Políticas de competencia, monopolios y empresas del Estado.

En materia de políticas de competencia, el Capítulo 13 del TLC le establece la obligación a las Partes de asegurar que las medidas que adopte o mantenga para proscribir las prácticas anticompetitivas de negocios y las actuaciones de aplicación que emprenda en virtud de dichas medidas, sea compatible con los principios de transparencia, no discriminación y debido proceso.

En lo atinente a los monopolios, se dispone que nada en el acuerdo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte designar un monopolio. Se aclara que cuando una Parte pretenda designar un monopolio y se pueda afectar los intereses de la otra, la Parte designante suministrará a la otra, siempre que sea posible, una notificación previa.

De igual manera, en materia de empresas estatales, se dispone que nada de lo previsto en el Acuerdo se interpretará en el sentido de impedirle a una Parte establecer o mantener una empresa del Estado.

3.16. Capítulo 14. Contratación pública.

El Capítulo 14 del TLC incorpora diversas cláusulas referentes al tema de la contratación pública, tales como excepciones generales y de seguridad; trato nacional y no discriminación; ejecución de la contratación pública; publicación de información sobre contratación pública; publicación de avisos; condiciones de participación; listas de uso múltiple; especificaciones técnicas y documentos de licitación; plazos para la presentación de ofertas; contratación directa; tratamiento de las ofertas y adjudicaciones de contratos; divulgación de la información; procedimientos nacionales de revisión; modificaciones y rectificaciones de la cobertura, al igual que la creación de un Comité sobre Contratación Pública.

3.17. Capítulo 15. Comercio electrónico.

En el Capítulo 15 del TLC se afirma que las Partes confirman que el Acuerdo, incluyendo los Capítulos respectivos sobre comercio transfronterizo de servicios; trato nacional y acceso a mercados, inversión, contratación pública, servicios financieros y telecomunicaciones se aplica al comercio realizado por medios electrónicos.

De igual manera, se regula lo atinente a derechos aduaneros, protección de los consumidores, administración del comercio sin papel y protección de la información personal.

3.18. Capítulo 16. Asuntos laborales.

En el Capítulo 16 del instrumento internacional, las Partes afirman sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos asumidos en la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998) y su seguimiento, así como su respeto continuo de las Constituciones y leyes de cada una.

De igual manera, las Partes *“reconocen que es inapropiado estimular el comercio o la inversión a través del debilitamiento o la reducción de las protecciones establecidas en sus leyes laborales nacionales”*.

De igual manera, se aclara que los objetivos perseguidos con la suscripción del tratado internacional se desarrollan mediante otro tratado internacional (Acuerdo de Cooperación Laboral entre Canadá y la República de Colombia).

3.19. Capítulo 17. Medio ambiente.

En el Capítulo 17 del TLC, las Partes reconocen tener derechos soberanos y responsabilidades en conservar y proteger su medio ambiente y afirman sus obligaciones ambientales, de conformidad con su legislación nacional, al igual que sus obligaciones internacionales.

Así mismo, se comprometen a estimular el comercio o la inversión, sin debilitar o reducir los niveles de protección contemplados en sus respectivas legislaciones ambientales.

Por último, aluden a otro instrumento internacional, suscrito entre las Partes, en materia específica medioambiental.

3.20. Capítulo 18. Cooperación relacionada con el comercio.

A lo largo del Capítulo 18, las Partes se comprometen a fortalecer sus capacidades para maximizar las oportunidades y beneficios derivados del Acuerdo; a fortalecer y desarrollar la cooperación binacional, regional y multilateral; a fomentar nuevas oportunidades para el comercio y la inversión, estimulando la competitividad, al igual que a promover el desarrollo sostenible. Para tales efectos, se constituye un Comité sobre la Cooperación Relacionada con el Comercio.

3.20. Capítulo 19. Transparencia.

El Capítulo 19 sobre transparencia, a su vez, se encuentra conformado por dos Secciones: transparencia (Sección A) y anti-corrupción (Sección B).

En cuanto a la transparencia, se prevén mecanismos que aseguren la publicación, notificación y provisión de información, procedimientos administrativos, revisión e impugnación y cooperación para promover una mayor transparencia.

Por su parte, en materia de lucha contra la corrupción, se establecen medidas tales como preservación de legislaciones nacionales represivas y realización de foros internacionales en la materia.

3.21. Capítulo 20. Administración del Acuerdo.

El Capítulo 20 del TLC se refiere a la conformación de una Comisión Conjunta encargada de supervisar la implementación del Acuerdo, revisar su funcionamiento, vigilar a todos los comités, entre otras funciones.

3.22. Capítulo 21. Solución de controversias.

En el Capítulo 21 las Partes se comprometen a procurar, en todo momento, llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del Acuerdo y a realizar todos los esfuerzos, mediante cooperación y consultas, para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.

A efectos de resolver las controversias las Partes se comprometen a acudir a mecanismos de consultas, buenos oficios, conciliación y mediación. De igual manera, se prevé la conformación de un panel, a efectos de resolver las controversias.

3.23. Capítulo 22. Excepciones.

En el Capítulo 22 se establecen diversas excepciones y aclaraciones al cumplimiento de los compromisos adquiridos, en especial, referidos a temas de seguridad nacional, balanza de pagos, restricciones sobre las transferencias distintas a comercio transfronterizo de servicios financieros, restricciones sobre comercio transfronterizo de servicios financieros, tributación, divulgación de información y exenciones de la Organización Mundial de Comercio.

3.24. Capítulo 23. Disposiciones finales.

El Capítulo 23 del TLC contiene algunas cláusulas relacionadas con los anexos, apéndices, notas a pie de página, enmiendas, reservas y entrada en vigor.

3.25. Anexo I.

En el Anexo I del TLC se precisa que el Capítulo de comercio transfronterizo de servicios impone la obligación de otorgar a los proveedores de servicios de la otra Parte un trato nacional, al igual que aplicar las cláusulas de la nación más favorecida.

Se precisa igualmente que en el capítulo de inversión las obligaciones consisten en otorgar trato nacional, trato de nación más favorecida, al igual que a no exigir que los altos ejecutivos y juntas directivas de una empresa sean de una nacionalidad específica, así como a no imponer requisitos de desempeño.

3.26. Anexo II.

En el Anexo II se incorporan los sectores, subsectores o actividades de servicios sobre los cuales el país podrá adoptar cualquier clase de reglamentación a futuro, sin que ello viole los compromisos adquiridos en virtud del Acuerdo.

3. 27. Anexo III.

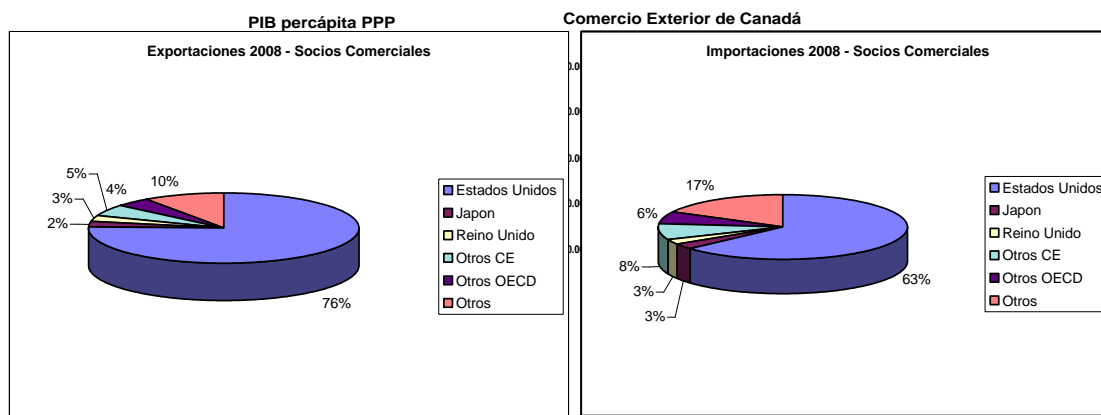
En el Anexo III se indica, de conformidad con los artículos de medidas disconformes del capítulo de servicios financieros, las medidas existentes en Colombia que no están sujetas a alguna o a todas las obligaciones impuestas por las Secciones I, III y III.

3.3. El contexto económico del Acuerdo internacional sometido al examen de la Corte.

Canadá es una de las grandes economías desarrolladas del planeta: genera el 2,6% del PIB mundial y cuenta con un ingreso *per cápita* de US\$39.339, cerca de 5 veces el registrado por Colombia en el año 2008, lo cual indica el alto poder de compra de este país, tal y como se observa en el siguiente gráfico:

En los últimos años, según se analiza en el texto de la Ponencia para debate en Plenaria en la Cámara de Representantes³⁷⁵, la tendencia del comercio exterior de Canadá ha sido creciente y se ha caracterizado por registrar un superávit comercial con el mundo; entre el 2002 y 2007, las exportaciones aumentaron a una tasa promedio anual de 10,7% y las importaciones lo hicieron en 11,2%. En el 2008 las exportaciones llegaron a US\$ 454.387 millones y las importaciones a US\$ 406.424 millones arrojando un déficit comercial de US\$46.977 millones, tal y como se observa en el siguiente gráfico:

Socios Comerciales



Fuente: Canadá's National Statistical Agency; MCIT - DRC

Como en años anteriores, en el 2008, el 76% de las exportaciones de Canadá se concentró en Estados Unidos. El resto se dirigió al Reino Unido (2,9%) y Japón (2,4%) principalmente. Las ventas a Colombia no representaron más del 0,1% del total. Del mismo modo, las importaciones canadienses se originaron principalmente en Estados Unidos (63% del total), Japón (2,63%) y otros países; Colombia representó el 0,12% del total importado por Canadá.

Ahora bien, en cuanto a las relaciones bilaterales Colombia-Canadá se tiene que tradicionalmente se ha registrado una balanza comercial deficitaria con Canadá (US\$399 millones en el 2008). En ese año, las exportaciones se ubicaron en US\$326 millones FOB (1% de las ventas totales) y las importaciones se valoraron en US\$725 millones FOB (1,9% del total de compras). El ALC con Canadá abre la posibilidad incrementar los flujos comerciales, aprovechando la dinámica de la demanda y una población con altos ingresos³⁷⁶. Al respecto, los siguientes gráficos son elocuentes:

En el año 2008 las exportaciones colombianas a Canadá evidenciaron una gran dinámica y aumentaron 22,62% respecto a igual período del 2007, mientras que las importaciones originarias de este país crecieron 22,58%. En el 2008, la mayor parte de los bienes exportados a Canadá

³⁷⁵ Gaceta del Congreso núm. 444 del 8 de junio de 2009.

³⁷⁶ *Ibidem*.

fueron productos tradicionales (81%) y los industriales participaron con el 4,31% del total. Los principales productos exportados a Canadá fueron: carbón, café, flores, hilados y artículos de confitería, entre otros³⁷⁷.

4. Conformidad del Acuerdo de Libre Comercio con el mandato de promoción de la internacionalización de las relaciones económicas y comerciales.

La Constitución de 1991, desde su Preámbulo, denota una fuerte vocación integracionista. De igual manera, el artículo 9 Superior, referente a los principios que deben orientar la política exterior colombiana, señala que ésta debe orientarse “*hacia la integración latinoamericana y del Caribe*”. En igual sentido, el artículo 227 constitucional, señala que “*El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones*”.

Así mismo, la Corte en sentencia C- 155 de 2007, referente a la ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, resaltó la vocación integracionista de la Constitución de 1991, en los siguientes términos:

“La Constitución Política de 1991 no fue ajena a la integración del Estado Colombiano al orden internacional. Así, el Preámbulo y los artículos 9º y 227 señalan que se promoverá la integración económica, social y política con los demás Estados, especialmente los de América Latina y del Caribe, para lo cual se autoriza: (i) la creación de organismos supranacionales; (ii) la participación en una comunidad latinoamericana; (iii) la realización de elecciones directas para la conformación del parlamento Andino y del parlamento latinoamericano.

Así mismo, en sentencia C- 923 de 2007, referente al control de constitucionalidad sobre el Acuerdo de Complementación Económica núm. 33 o Tratado de Libre Comercio entre México, Venezuela y Colombia, la Corte indicó lo siguiente en relación con el postulado de la integración:

“Los propósitos implícitos en las disposiciones del Acuerdo constitutivo del Sexto Protocolo Adicional, se enmarcan dentro de la Carta Fundamental al perseguir fortalecer y profundizar el proceso de integración latinoamericana y ampliar el ámbito de liberación comercial sobre la base de un comercio compensado para que los Estados prosigan en su desarrollo económico y social, que consulta el inciso final del artículo 9 de la Constitución, al disponer que “la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.

Más allá de los países latinoamericanos y del Caribe, el Estado colombiano ha celebrado numerosos tratados internacionales, encaminados a internacionalizar sus relaciones económicas, en especial para proteger la inversión extranjera, con diversos países, tales como la República de Polonia³⁷⁸, la República de Hungría³⁷⁹; la República Checa³⁸⁰; Malasia. Sentencia³⁸¹; la República

³⁷⁷ *Ibídem.*

³⁷⁸ Sentencia C-280 de 1994

³⁷⁹ Sentencia C-216 de 1996.

³⁸⁰ Sentencia C-323 de 1997.

³⁸¹ Sentencia C-492 de 1998.

Argelina Democrática y Popular³⁸², la Federación de Rusia³⁸³, Reino de Marruecos³⁸⁴, Gobierno de Rumania³⁸⁵, Costa de Marfil.³⁸⁶ Reino de España³⁸⁷.

De igual manera, el Estado colombiano ha celebrado tratados de libre comercio con los Estados Unidos de América³⁸⁸ y Chile³⁸⁹.

En este orden de ideas, el TLC suscrito entre Colombia y Canadá se ajusta a los mandatos constitucionales de internacionalización de las relaciones económicas del país, los cuales, si bien se orientan prioritariamente hacia la búsqueda de la integración de Latinoamérica y el Caribe, no se oponen al establecimiento de importantes vínculos comerciales con otras naciones del planeta.

5. Examen de constitucionalidad del articulado del tratado internacional.

5. 1. Preámbulo.

El Preámbulo del tratado internacional apunta a señalar los grandes objetivos que las Partes persiguen con su adopción como son, entre otros, estrechar los vínculos de amistad, solidaridad y cooperación entre los pueblos; promover la integración económica hemisférica; reducir las distorsiones del mercado; así como aumentar la competitividad de sus firmas en el mercado global.

De igual manera, se reafirman los valores y los principios de la democracia y la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, tal y como lo proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Al respecto, la Corte no observa ningún reproche de constitucionalidad, por cuanto los objetivos fijados en el texto del Preámbulo coinciden con aquellos plasmados en los artículos 9, 93, 226 y 227 Superiores.

5.2. Capítulo 1. Disposiciones iniciales y definiciones generales.

El Capítulo I, sobre disposiciones iniciales y definiciones generales, establece la creación de una zona de libre comercio, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. De igual manera, se prevé las relaciones entre el TLC y otros tratados internacionales, tales como el Acuerdo de Marrakech y los acuerdos multilaterales sobre medio ambiente.

Así mismo, se definen conceptos tales como Acuerdo MSF, Acuerdo sobre la OMC, clasificación arancelaria, Comisión, empresa del Estado, mercancía manufacturada, persona, etc. En cuanto a la aplicación territorial del tratado se tiene:

³⁸² Sentencia C-228 de 1999.

³⁸³ Sentencia C-405 de 1999

³⁸⁴ Sentencia C-719 de 1999.

³⁸⁵ Sentencia C-327 de 2000

³⁸⁶ Sentencia C-279 de 2001.

³⁸⁷ Sentencia C-309 de 2007.

³⁸⁸ Sentencia C- 750 de 2008.

³⁸⁹ Sentencia C- 031 de 2009.

“territorio significa:

- (iii) respecto a Colombia, su territorio terrestre, tanto continental como insular, su espacio aéreo y las áreas marítimas sobre las cuales ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción de conformidad con su derecho interno y el derecho internacional, y
- (iv) respecto a Canadá (A) el territorio continental, el espacio aéreo, las aguas interiores y el mar territorial sobre el cual Canadá ejerce soberanía; (B) la zona exclusiva económica de Canadá, tal como lo determine su legislación interna, de conformidad con la Parte V de la Convención de las Naciones Unidas de la Ley del Mar (UNCLOS) del 10 de diciembre de 1982; y (C) la plataforma continental de Canadá, tal como lo determina su legislación interna, de conformidad con la Parte VI de UNCLOS”.

No encuentra la Corte reparo alguno de constitucionalidad, por las siguientes razones.

En cuanto a la definición de territorio, si bien es cierto que el TLC no incluye espacios tales como el subsuelo, el segmento de la órbita geostacionaria y el espectro electromagnético, entre otros, no por ello se está desconociendo el artículo 101 Superior, por cuanto, en los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados Partes pueden limitar el ámbito de aplicación territorial de un acuerdo suscrito entre ambos, sin que ello signifique, por supuesto, renuncia alguna al ejercicio de la soberanía. En igual sentido se pronunció la Corte en sentencia C- 031 de 2009, a propósito del examen del TLC suscrito entre Colombia y Chile:

“La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 29, dispone que “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.” En otras palabras, al momento de suscribir un instrumento internacional las Partes pueden limitar el ámbito geográfico de aplicación del mismo. Así por ejemplo, es viable excluir de la aplicación del tratado determinadas regiones del país, o ciertos elementos de sus respectivos territorios, como lo serían los espacios marítimos o el subsuelo. De tal suerte que la norma internacional según la cual los tratados internacionales se aplican “a la totalidad del territorio” es de ius dispositivum, es decir, se trata de una disposición que admite acuerdo en contrario, a diferencia de aquellas de ius cogens.

En este orden de ideas, la exclusión de ciertos espacios en el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Chile no constituye renuncia alguna al ejercicio de la soberanía nacional ni significa, como equivocadamente se podría pensar, que el Estado está admitiendo que tales espacios excluidos no conforman parte de su territorio. Todo lo contrario. El Estado colombiano, en ejercicio de su soberanía, suscribe un tratado internacional en el cual, por motivos de conveniencia, decide limitar los efectos jurídicos de aquél a ciertos espacios que conforman su territorio. Tanto es así que el Anexo 2.1. dispone que “Para los efectos de este Acuerdo, a menos que se especifique otra cosa, territorio significa...”.

Así las cosas, la Corte considera que el Capítulo II del tratado internacional es conforme con la Constitución.”

En suma, a lo largo del Capítulo 2 del TLC no se encuentra cláusula alguna que vulnere la Constitución.

5.3. Capítulo 2. Trato Nacional y Acceso a Mercados de Mercancías.

El Capítulo 2 del TLC se encuentra integrado por las siguientes secciones: Sección A (Trato nacional); Sección B (Eliminación arancelaria); Sección C (Regímenes especiales); Sección D (Medidas no arancelarias); Sección E (Agricultura); Sección F (Disposiciones institucionales) y Sección G (Definiciones). De igual forma, comprende los siguientes Anexos: Anexo 202 (Excepciones al trato nacional y restricciones a la importación y exportación); Anexo 203 (Eliminación arancelaria); Anexo 210 (Impuestos a la exportación); Anexo 217 (Medidas de salvaguardia) y Anexo 218 (Sistema Andino de Franja de Precios).

Así, la **Sección A**, referente al trato nacional, según la cual el trato a ser acordado por una Parte, respecto a un gobierno subnacional, no podrá ser menos favorable que aquel que ese gobierno le acuerde a bienes similares o directamente competitivos o sustitutos, según sea el caso, de la Parte de la cual forma es uno de sus elementos.

Por su parte, la **Sección B** dispone, como regla general, que ninguna Parte podrá incrementar arancel alguno aduanero existente, o adoptar uno nuevo, sobre una mercancía originaria.

En la **Sección C** se establecen los regímenes especiales según los cuales cada Parte autorizará la admisión temporal libre de aranceles aduaneros para determinadas mercancías, independientemente de su origen o de si mercancías similares, directamente competidoras o sustitutas.

A su vez, en la **Sección D** se regulan las medidas no arancelarias, es decir, lo atinente a las restricciones a la importación y exportación de productos; licencias de importación; cargas y formalidades administrativas; impuestos a la exportación; valoración aduanera y productos distintivos.

En la **Sección E** se reglamentan los temas agrícolas. Al respecto, las Partes se comprometen a coadyuvar en el cumplimiento del objetivo de eliminar multilateralmente las subvenciones, en el seno de la OMC. Así mismo, se obligan a no mantener, introducir o reintroducir subvenciones a las exportaciones agrícolas sobre ninguna mercancía agrícola originaria o enviada desde su territorio, que sea exportada directa o indirectamente al territorio de la otra Parte.

A su vez, en la **Sección F** se crea un Comité de Comercio de Mercancías, competente para promover el comercio entre las Partes, abordar los obstáculos al comercio, así como revisar cualquier enmienda al Sistema Armonizado. Así mismo, se crea un Subcomité Agropecuario, competente para monitorear la cooperación e implementación de la Sección E, al igual que, entre otras actividades, evaluar el desarrollo del comercio agrícola entre las Partes.

Por último, en la **Sección G** se establecen algunas definiciones tales como Acuerdo AD, Acuerdo SMC, arancel aduanero, componente fijo del SAPF, etcétera.

La Corte considera que las cláusulas incluidas en el Capítulo 2 del TLC suscrito entre Canadá y Colombia no desconocen la Constitución, por las siguientes razones.

La cláusula del trato nacional es una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales. Su objetivo apunta a que las mercancías que ingresan a un Estado Parte no sean sometidas a un trato discriminatorio en relación con los productos del país receptor. En otras palabras, se busca asegurar la existencia de unas reglas de competencia leal y transparente entre el producto importado y el nacional. La existencia de tales cláusulas-tipo en los

tratados internacionales de integración o de inversión extranjera siempre ha sido considerada conforme con la Constitución por la Corte³⁹⁰.

De igual manera, las cláusulas convencionales referentes a la regulación de los trámites arancelarios, los regímenes especiales y los temas agrícolas, se ajustan a la Constitución en cuanto son instrumentos idóneos para asegurar el establecimiento de una zona de libre comercio, es decir, conformar un espacio económico en el cual los bienes y servicios de ambas Partes puedan circular libremente.

Así mismo, la Corte tampoco estima que la creación de comités encargados de asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las Partes en materia de igualdad de trato vulnere la Carta Política. Al respecto, y en caso semejante al presente, la Corte en sentencia C- 864 de 2006, referente al Acuerdo de Complementación Económica CAN-MERCOSUR, consideró lo siguiente:

“Una lectura sistemática de las citadas normas permite concluir, que se trata de un conjunto de disposiciones cuyo fin es consolidar la existencia de una instancia de coordinación internacional, para vigilar y supervisar la aplicación del presente Acuerdo sin que en ello sea posible encontrar contradicción alguna con la Constitución. En estos mismos términos, se pronunció esta Corporación en sentencia C-228 de 1999, al declarar la exequibilidad de la Comisión de seguimiento del Acuerdo de Intercambio Comercial entre la República de Colombia y la República Argentina.

5.3. Capítulo 3. Reglas de origen.

El Capítulo 3 del TLC regula lo referente a las reglas de origen. Al respecto, se prevé un conjunto de métodos técnicos, a efectos de determinar si una determinada mercancía o producto puede ser válidamente calificada como originaria de un Estado Parte, tales como que (i) la mercancía sea obtenida en su totalidad en el territorio de una de las Partes; (ii) el producto es fabricado enteramente en aquél; o (iii) la mercancía satisface las condiciones previstas en el Anexo 301.

De igual manera, a lo largo del Capítulo 3 se regula lo referente a (i) operaciones mínimas; (ii) pruebas de valor; (iii) valor de las mercancías; (iv) materiales intermedios usados en la producción; (v) acumulación; (vi) “*de minimis*”; (vii) mercancías y materiales fungibles; (viii) materiales indirectos; (ix) accesorios, repuestos y herramientas, entre otros. Así pues, en líneas generales, la finalidad de este capítulo consiste en fijar unos criterios técnicos de calificación y los correspondientes procedimientos de certificación y verificación del origen de las mercancías de ambos países.

No encuentra la Corte reproche alguno de constitucionalidad, por cuanto se trata de mecanismos encaminados a evitar que de las preferencias arancelarias acordadas entre las Partes se beneficien mercancías originarias de otros países. De tal suerte que se pretende alcanzar una mayor transparencia en el intercambio de productos entre Colombia y Canadá, lo cual se ajusta a los postulados de los artículos 9, 226 y 227 Superiores.

³⁹⁰ Por ejemplo, en las sentencias C- 358 de 1996, C.- 379 de 1996, C- 494 de 1998 y C- 864 de 2006

5.4. Capítulo 4. Procedimientos de origen y facilitación del comercio.

El Capítulo 4 del TLC regula lo atinente a diversos procedimientos técnicos, encaminados a determinar el origen de una mercancía o producto, al igual que ciertas medidas encaminadas a facilitar el comercio entre las Partes.

En este orden de ideas, se reglamenta el tema de los requisitos que debe cumplir un certificado de origen; las obligaciones respecto a las importaciones; las excepciones; las obligaciones relativas a las exportaciones; los registros; verificaciones de origen y reglamentaciones uniformes.

De manera complementaria, establece un conjunto de medidas dirigidas a facilitar el comercio entre las Partes, entre ellas: agilizar los trámites aduaneros para abaratar costos; establecer procedimientos administrativos más transparentes; procesos de automatización; administración del comercio sin papeles; confidencialidad; envíos expresos; resoluciones anticipadas, al igual que la creación de un Subcomité competente en la materia.

Al respecto, la Corte advierte que las medidas señaladas en el Capítulo 4 del Acuerdo de Libre Comercio se ajustan a los postulados constitucionales de internacionalización de las relaciones económicas, en la medida en que el intercambio bilateral de bienes y servicios exige la adopción de procedimientos técnicos que permitan determinar el origen y la procedencia de una mercancía, mecanismos que se ajustan a las exigencias internacionales de eficiencia y eficacia consagradas en el artículo 209 Superior.

5.5. Capítulo 5. Medidas sanitarias y fitosanitarias.

El Capítulo 5 del instrumento internacional versa sobre las medidas sanitarias y fitosanitarias aplicables al comercio de productos entre Canadá y Colombia. En tal sentido, se establecen unos objetivos comunes, tales como la protección de la vida y salud humana, animal y vegetal, al igual que impedir que tales medidas de orden técnico generen barreras injustificadas al comercio binacional.

Para la consecución de tales fines, se prevé la creación de un Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, encargado de, entre otras labores, diseñar, implementar y revisar programas de cooperación técnica e institucional; promover el mejoramiento en la transparencia de las medidas sanitarias y fitosanitarias, al igual que prevenir y resolver las discusiones que se presenten en la materia.

La Corte considera que el Capítulo 5 sobre medidas sanitarias y fitosanitarias se ajusta a la Constitución, por las siguientes razones.

En materia de comercio internacional, de tiempo atrás, se ha planteado la siguiente discusión: ¿cómo garantizar que los nuevos productos que ingresan a un país como resultado de la aplicación de procesos de liberalización económica, no atenten, a su vez, contra derechos fundamentales y bienes jurídicos protegidos como son la vida, la salud humana y animal, los derechos de los consumidores y el medio ambiente sano?; y al mismo tiempo, ¿cómo evitar que la aplicación estricta de controles sanitarios, fitosanitarios y ambientales no constituyen un mecanismo para proteger a los productores nacionales frente a la competencia de los productos importados?.

Aunado a lo anterior, se ha constatado que la reducción multilateral de barreras arancelarias, llevada a cabo en diversas rondas en el seno del antiguo GATT y de la actual Organización

Mundial del Comercio, ha llevado a que algunos Estados intenten proteger a sus productores nacionales de la competencia extranjera, mediante la adopción de medidas de carácter técnico que impidan el ingreso al país de determinados bienes o mercancías, argumentado que tales controles persiguen fines legítimos como son la preservación de la salud o del medio ambiente, entre otros. De allí la necesidad de regular, bien sea en el ámbito de la OMC o de los tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio, la existencia y aplicación de dichos controles administrativos.

En este orden de ideas, la Corte considera que la preservación y perfeccionamiento de controles administrativos sanitarios y fitosanitarios se ajusta a la Carta Política, en la medida en que se trata de mecanismos encaminados a proteger derechos fundamentales y bienes jurídicos tutelados, en los términos del artículo 2º Superior. Que igualmente es conforme con la Constitución el establecimiento de instancias encargadas de velar por que dichos controles cumplan sus objetivos legítimos y no constituyan obstáculos injustificados para el comercio bilateral.

5.6. Capítulo 6. Obstáculos técnicos al comercio.

El Capítulo 6 del TLC está dedicado a la regulación de los obstáculos técnicos al comercio. Para tales efectos, se prevén como objetivos: el mejoramiento de la implementación del Acuerdo OTC; asegurar que las normas, reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad, incluyendo aquellos relativos a la metrología, no creen obstáculos innecesarios al comercio, al igual que impulsar la cooperación conjunta entre las Partes.

De igual manera, el mencionado Capítulo se encuentra acompañado por un Anexo 609.1 sobre *“Coordinadores nacionales sobre obstáculos técnicos al comercio”*.

Considera la Corte que las disposiciones del Capítulo 6 del TLC se ajustan a la Constitución, por las siguientes razones.

El Acuerdo OTC o Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, adoptado en el seno de la OMC, pretende que los reglamentos, las normas y los procedimientos de prueba y certificación no creen obstáculos innecesarios a los procesos de exportación o importación de mercancías entre los Estados. En tal sentido, el Acuerdo estipula que los procedimientos utilizados para decidir sobre la conformidad de un producto con las normas pertinentes, tienen que ser justos y equitativos. Se pretende así evitar que mediante la utilización de métodos técnicos se acuerde a los bienes de producción nacional una ventaja injusta frente al producto importado. El Acuerdo fomenta también el reconocimiento mutuo entre los países de los procedimientos de evaluación de la conformidad. Sin ese reconocimiento, se duplicarían las pruebas de las mercancías, llevándolas a cabo primero en el país exportador y luego en el país importador.

En este orden de ideas, la Corte considera que el capítulo sobre obstáculos técnicos al comercio se ajusta a la Constitución por cuanto persigue unas finalidades, emplea unos mecanismos y prevé la creación de unas instancias internacionales que, por una parte, se encaminan a salvaguardar bienes jurídicos constitucionales (vgr. la seguridad nacional, la prevención de prácticas desleales de comercio, etcétera), y por otra, disponen el empleo de aquéllos de forma tal que no terminen por discriminar a los productores del país exportador.

5.7. Capítulo 7. Medidas de salvaguardia y defensa comercial.

A lo largo del Capítulo 7 del TLC se estipula lo referente al proceso de adopción de medidas de salvaguardia, limitándolas en el tiempo, imponiendo el deber de notificarla y de elevar consultas con la otra Parte, al igual que los procedimientos de investigación y los requisitos de transparencia necesarios para imponerlas.

De igual manera, se regula lo referente a las medidas antidumping y los derechos compensatorios, previendo la asignación de competencias a determinadas autoridades en la materia.

Se trata, en consecuencia, de ajustar el comercio binacional a los mecanismos de defensa diseñados en el seno de la OMC, con el fin de brindar seguridad jurídica y transparencia a los diferentes agentes económicos.

La Corte considera que el Capítulo de defensa comercial del Acuerdo de Libre Comercio se ajusta a la Constitución por las siguientes razones.

En derecho internacional económico es usual que los tratados internacionales mediante los cuales se establecen programas de liberalización de bienes y servicios, incluyan cláusulas de salvaguardia, es decir, determinadas disposiciones mediante las cuales, bajo situaciones excepcionales, se puedan incumplir temporalmente, algunos de los compromisos asumidos por las Partes contratantes.

En tal sentido, la cláusula de salvaguardia o "*escape clause*" tiene como fundamento el clásico principio "*rebus sic stantibus*", soporte de la teoría de la imprevisión, según la cual, bajo determinadas circunstancias excepcionales, un Estado puede incumplir algunas obligaciones asumidas en el texto del instrumento internacional. Así pues, la finalidad de las cláusulas de salvaguardia es evitar que los Estados violen el tratado internacional ante el advenimiento de hechos o circunstancias que tornen imposible su cumplimiento.

Así las cosas, en el contexto de los artículos XIX del GATT de 1994 y X del GATS, los cuales sirvieron de referente para la redacción del Capítulo VIII del Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Chile, se prevé una cláusula de salvaguardia según la cual cuando quiera que se presente una situación de desorganización del mercado que amenace con causar un perjuicio grave a los productores nacionales de una mercancía o servicio similar al importado o que haga competencia con éstos, el Estado afectado podrá, a efectos de prevenir el daño o remediarlo y luego de efectuada una investigación por sus autoridades competentes y con arreglo a un procedimiento previamente establecido y hecho público en consonancia con el artículo X del GATT de 1994, (i) suspender la reducción futura de cualquier tasa arancelaria establecida en el tratado; (ii) aumentar la tasa arancelaria para la mercancía a un nivel que no exceda el menor de la tasa arancelaria aplicada de nación más favorecida en el momento en que se adopte la medida; y (iii) en el caso de un arancel aplicado a una mercancía sobre la base estacional aumentar la tasa arancelaria a un nivel que no exceda el de la tasa arancelaria NMF.

De manera muy similar se regula la aplicación de la cláusula de salvaguardia en el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, indicando que, de llegar a presentarse una situación de daño grave o amenaza a un sector productivo, una Parte puede suspender la reducción futura de cualquier tasa arancelaria establecida en el Acuerdo o aumentar la misma.

Así las cosas, la inclusión de medidas de salvaguardia en el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá se ajusta a la Constitución, por cuanto es conforme con los principios que actualmente rigen el derecho internacional económico (art. 9 Superior). Además, tiene por finalidad proteger a los productores nacionales ante situaciones de grave amenaza o riesgo para su supervivencia, originadas por la aplicación de programas de liberalización económica.

Por otra parte, en cuanto a las *medidas de defensa comercial*, se tiene que las mismas constituyen un conjunto de procedimientos administrativos encaminados a proteger a los países frente a importaciones desleales o lícitas pero causantes de graves distorsiones en sus mercados internos.

En tal sentido, una clásica medida de defensa comercial lo constituyen los derechos antidumping, los cuales son empleados por los Estados para hacerle frente a prácticas desleales del comercio internacional. Se considera que una mercancía es objeto de dumping cuando se exporta a otro Estado a un precio inferior a su valor normal en el mercado interno del país productor, es decir, si su precio de exportación es menor que el precio comparable en el curso de operaciones comerciales normales de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. La anterior diferencia de precios debe causar un daño o significar una amenaza a los productores nacionales existentes o retrasar sensiblemente la creación y desarrollo de la industria nacional.

Ante tal situación, los Estados pueden neutralizar los efectos negativos del dumping mediante la adopción de derechos antidumping, los cuales constituyen cargas pecuniarias impuestas a las mercancías importadas. Para tales efectos, se debe surtir un trámite administrativo durante el cual deben demostrarse la diferencia de precios y la existencia de la amenaza a la producción nacional.

Los derechos compensatorios, a su vez, constituyen cargas pecuniarias impuestas por los Estados a mercancías importadas que se benefician de una subvención en su país de origen. Por subvención hay que entender toda ventaja económica cuantificable, concedida por el sector público a una empresa sin contraprestación alguna. Algunas de estas subvenciones presentan un mercado carácter proteccionista y otorgan una ventaja competitiva importante a las mercancías del Estado concedente. Por ello, el Estado de destino puede neutralizar los efectos de las subvenciones otorgadas a los productos importados, mediante la adopción de derechos compensatorios, fijados mediante un procedimiento administrativo similar al empleado en casos de dumping.

La Corte considera que las medidas antidumping y los derechos compensatorios se ajustan a la Constitución, en especial a los deberes de protección consagrados en el artículo 2 Superior, por cuanto constituyen instrumentos de defensa comercial legítimos, encaminados a proteger a los productores nacionales frente a prácticas, o bien desleales del comercio internacional, o que distorsionan las reglas de libre competencia.

5.8. Capítulo 8. Inversión.

El Capítulo 8 del TLC suscrito entre Canadá y Colombia regula lo atinente a la inversión. En tal sentido, se estipulan las cláusulas de trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato, compensación por pérdidas, requisitos de desempeño, altos ejecutivos y juntas directivas, medidas disconformes, transferencias, expropiación, formalidades especiales y requisitos de información, denegación de beneficios, medidas sobre salud, seguridad y medio ambiente, Comité de Inversión, solución de controversias, reclamaciones, sometimiento de una reclamación al arbitraje, consentimiento al arbitraje, al igual que todo lo atinente a la conformación y el funcionamiento del tribunal de arbitramento.

De igual manera, a lo largo de la Sección D se regula el tema de la solución de controversias para contratos de estabilidad jurídica. Al respecto, prevé que el inversionista canadiense podrá someter una reclamación a arbitraje sobre la interpretación o el cumplimiento, por parte del Gobierno de Colombia, de un contrato de estabilidad jurídica, sólo de conformidad con la legislación colombiana.

A su vez, en el Anexo 811 se establece la figura de la expropiación indirecta, consistente en que se trata de una medida o de un conjunto de éstas, adoptada por una Parte y que tiene un efecto equivalente a una expropiación directa, sin que medie transferencia formal del título o derecho de dominio.

La Corte considera que el Capítulo 8 sobre inversión se ajusta a la Constitución por las razones que pasan a explicarse.

En cuanto a la regulación de las cláusulas del trato nacional y de la nación más favorecida, la Corte encuentra que las mismas se ajustan a los actuales principios del derecho internacional económico. En efecto, una y otra constituyen instrumentos encaminados a asegurar que los inversionistas originarios de los Estados Partes no sean discriminados, es decir, que puedan actuar en el mercado en las mismas condiciones que lo hacen los inversionistas locales. Sobre el particular, esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades.

Así, en sentencia C- 379 de 1996, por medio de la cual se declaró exequible el Convenio sobre inversiones suscrito entre Colombia y Cuba, la Corte estimó lo siguiente:

“La segunda regla, conocida bajo el nombre de "cláusula de la nación más favorecida", según la cual cada Estado se obliga a dar al otro un trato no menos favorable del que se concede a sus nacionales o a los nacionales de cualquier tercer Estado, de acuerdo con las cláusulas del convenio no se extiende a las inversiones de la otra, cuando tales ventajas provengan de una unión aduanera, un mercado común, una zona de libre comercio o cualquier acuerdo internacional similar al que pertenezca una de las Partes. Así mismo, la excepción opera cuando las ventajas para el tercer Estado sean producto de "cualquier acuerdo, arreglo internacional o legislación doméstica relacionada total o parcialmente con tributación". Por su parte, el artículo 11 prevé que en caso de que por cualquier motivo una de las partes llegue a aprobar, en beneficio de la otra, un trato más favorable que el previsto en el Tratado, dicho trato prevalecerá sobre las disposiciones de este último.

En igual sentido, respecto a la cláusula de la nación más favorecida, la Corte en sentencia C- 494 de 1998, referente al control del “Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España”, consideró lo siguiente:

“El principio del trato nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales. En cuanto a la cláusula de la nación más favorecida, esta Corporación acoge la doctrina de la Corte Internacional de Justicia, en el Asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (1952),

oportunidad en la que estableció: "Las cláusulas de la nación más favorecida tienen por objeto establecer y mantener en todo tiempo la igualdad fundamental, sin discriminación entre todos los países interesados". La igualdad de tratamiento otorgada por una cláusula de la nación más favorecida hace desaparecer toda diferencia entre las inversiones extranjeras beneficiarias de este trato. Por regla general, a partir del momento en el cual el país receptor de la inversión concede una ventaja a un tercer Estado, el derecho de otros Estados a un tratamiento no menos favorable nace en forma inmediata y se extiende a los derechos y ventajas concedidos antes y después de la entrada en vigor del Tratado que consagra la aludida cláusula

En cuanto al nivel mínimo de trato, estipulado en el artículo 805 del Acuerdo, según el cual las Partes concederán a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido un trato justo y equitativo, la Corte considera que es conforme con los artículos 1, 2 y 95 Superiores, al igual que lo estimó en sentencia C- 358 de 1996 en relación con un tratado de inversión extranjera suscrito entre Colombia y el Reino Unido. En palabras de la Corte:

"La posición mayoritaria de la doctrina internacional en torno a los principios del "trato justo y equitativo" y de la "entera protección y seguridad" indican que éstos se determinan en cada caso concreto, de conformidad con las reglas contenidas en los respectivos tratados, no respecto de una regla de justicia de carácter abstracto. En este orden de ideas, se debe tener en cuenta el objeto y la finalidad del Convenio en la aplicación de cada una de sus reglas particulares.

En cuanto a la expropiación, el Capítulo 8 consagra dos modalidades: directa e indirecta. En ambos casos, se deben cumplir las siguientes condiciones: (i) que sea por causa de utilidad pública; (ii) se aplique de manera no discriminatoria; (iii) medie un pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización de conformidad con los párrafos 2 a 4; y (iv) se respete el debido proceso.

Al respecto, es preciso señalar que el literal a) del artículo 811 sobre expropiación, contiene un pie de página que reza:

"El término "utilidad pública" es un concepto de derecho internacional público y será interpretado de conformidad con el derecho internacional. El derecho nacional puede expresar este concepto u otros conceptos similares usando diferentes términos, tales como "interés social", "necesidad pública" o "fin público".

A su vez, el artículo 2301, contenido en el Capítulo 23 "Disposiciones finales", dispone que

"Los anexos, apéndices y las notas al pie de página de este Acuerdo constituyen parte integral del mismo"

Aunado a lo anterior, el artículo 811 del TLC establece otros elementos de la expropiación, tales como (i) la indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo, y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación; (ii) para determinar el valor justo de mercado, un tribunal usará criterios apropiados de valoración, que podrá incluir el valor de la empresa en marcha, el valor de los activos incluyendo el valor del impuesto declarado por bienes tangibles, entre otros criterios; (iii) la indemnización será pagada sin demora y será

completamente liquidable y libremente transferible, incluyendo intereses a una tasa razonable para esa moneda desde la fecha de la expropiación hasta la fecha del pago; (iv) el inversionista afectado tendrá derecho, en virtud de la ley de la parte que ejecuta la expropiación la una pronta revisión de su caso y de la valoración de su inversión por una autoridad judicial u otra autoridad judicial independiente de esa Parte; (v) este artículo no se aplicará a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación con los derechos de propiedad intelectual, o a la renovación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida en que tal expedición, renovación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo sobre la OMC.

En tal sentido, la Corte considera que la *expropiación directa*, regulada en el Capítulo 8 del Acuerdo, caracterizada por la transferencia formal del título o del derecho de dominio de un particular al Estado, por causa de utilidad pública o de interés social, previa indemnización, se ajusta a lo dispuesto en el artículo 58 Superior. En efecto, la Corte ha sido constante en señalar que “el instituto de la expropiación descansa sobre tres pilares fundamentales: i) el principio de legalidad fundamento de todo Estado de Derecho, ii) la efectividad del derecho de defensa y del debido proceso del particular que va a ser expropiado y iii) el pago de una indemnización que no haga de la decisión de la administración un acto confiscatorio, expresamente prohibido en el artículo 34 de la Constitución.”³⁹¹

Sobre el anterior aspecto, tal y como se precisó en sentencia C- 294 de 2002, se debe advertir que la Constitución también autoriza que la expropiación tenga lugar por vía administrativa, “en los casos previamente señalados por el legislador, la cual puede ser impugnada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incluso respecto del precio. Proceso que, no sobra decirlo, debe igualmente respetar el debido proceso y el derecho de defensa del afectado”.

Más complejo resulta ser el examen constitucional de la denominada *expropiación indirecta*, regulada en el Anexo 811 del Capítulo 8 del Acuerdo de Libre Comercio, consistente en un acto o una serie de actos realizados por una Parte que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa, pero “sin transferencia formal del derecho de dominio”. A renglón seguido, se establece como condición que debe cumplir la medida de efecto equivalente a la expropiación directa, la realización de una investigación fáctica, caso por caso, que considere entre otros factores los siguientes: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) el grado en el cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental.

Aunado a lo anterior, el literal b) del Anexo 811, precisa que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público.

En tal sentido, tal y como se analizó en sentencia C-031 de 2009, a propósito del examen del TLC suscrito entre Colombia y Chile, en derecho internacional económico, en las últimas décadas se ha presentado una intensa discusión acerca del término expropiación indirecta o “*regulatory*

³⁹¹ Ver al respecto, sentencia C-51 de 2001.

*expropriation*³⁹², entendida ésta, en términos amplios, como una medida estatal, bien sea una ley, un acto regulatorio proferido por una autoridad pública o incluso una sentencia, que priva al inversionista extranjero de una expectativa cierta y razonable de ganancia, aunque no se produzca un cambio en la titularidad del derecho de dominio. Algunos autores, por el contrario, basándose en la jurisprudencia sentada por el Centro Internacional de Arreglo de Disputas referentes a Inversiones CIADI, sostienen que la expropiación indirecta alude exclusivamente a actos imputables a la administración pública.

A decir verdad, las controversias suscitadas entre inversionistas extranjeros y Estados interesados en preservar sus competencias regulatorias, bien sea en los ámbitos de los servicios públicos, el medio ambiente, la salud o la seguridad, no son recientes. Ya en la década de 1920, surgieron algunas disputas referentes a expropiación indirectas de inversiones extranjeras. En aquellos tiempos, los tribunales internacionales resolvieron dichos casos basándose en la costumbre internacional. Sin embargo, los instrumentos internacionales que se refieren a la expropiación indirecta solo se suscribieron a partir de los años cincuenta. Después de la Segunda Guerra Mundial, países en desarrollo y Estados de la órbita socialista adoptaron medidas legales y económicas destinadas a transferir la propiedad de extranjeros a manos del Estado o de grupos nacionales. En respuesta a estos sucesos, algunos Estados, en conjunto o individualmente, decidieron proteger la propiedad de sus inversionistas en el extranjero contra las expropiaciones indirectas.

En 1961, la “*Harvard Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*”, incluyó la prohibición de la expropiación indirecta reconociéndose por primera vez en su artículo 10 (3) (a) el principio de interferencia no razonable en el uso de la propiedad privada.

Más tarde, en 1967, en el borrador del texto de la Convención para la protección de la inversión extranjera de la OCDE, se reguló la expropiación indirecta, en los siguientes términos:

“Artículo 3. Expropiación.

“Ninguna Parte podrá adoptar medidas que afecten, directa o *indirectamente*, la propiedad de un nacional de otro Estado Parte, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) las medidas sean adoptadas para salvaguardar el interés público y con sometimiento al debido proceso;
- b) no sean discriminatorias
- c) Se garantice el pago de una indemnización, la cual debe representar el valor real de la propiedad afectada, sea cancelada en tiempo y transferible al país de origen.

Recientemente, en los textos de los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones suscritos entre muy diversos países, se ha incluido la cláusula de protección a los inversionistas frente a actos gubernamentales que constituyan expropiaciones indirectas, en términos semejantes a los propuestos por la OCDE, aunque con algunas precisiones en el sentido de no calificar como aquellas los actos regulatorios no discriminatorios estatales que apuntan a proteger intereses legítimos como el bienestar general, la salud pública o el medio ambiente. Estas cláusulas-tipo

³⁹² Ver al respecto, A. P. Newcombe, “*Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?*”, en *International Law ICSID Review Foreign Investment Law Journal* Vol. 20, 2005, p. 1.

disponen que, a diferencia de la tradicional *expropiación directa*, caracterizada por el traslado del derecho de dominio de un particular hacia el Estado por razones de interés general o de utilidad pública, mediando la correspondiente indemnización, tratándose de expropiaciones indirectas el inversionista extranjero continúa siendo titular del mencionado derecho, aunque igualmente termina siendo indemnizado.

En tal sentido, los tribunales arbitrales internacionales han calificado como expropiaciones indirectas actos gubernamentales tales como: (i) declaración de zona protegida para la conservación de una especie de vegetal desértica, unida al no otorgamiento de permiso de construcción, en el lugar en donde se llevaría a cabo la inversión³⁹³; (ii) interferencia de una autoridad regulatoria gubernamental (Consejo de Medios), a efecto de permitir que el inversionista doméstico dé por terminado un contrato, que fue básico para que el inversionista extranjero realizara su inversión³⁹⁴; (iii) revocatoria de una licencia de funcionamiento de un depósito de desechos tóxicos³⁹⁵; (iv) imposición de tributos excesivos o arbitrarios, que acarrearán la consecuencia de hacer económicamente insostenible la inversión³⁹⁶; (v) revocatoria de certificado de zona de libre comercio acarrearando la consecuencia de prohibir la importación³⁹⁷; y (vi) imposición de administradores designados por el Estado anfitrión³⁹⁸.

Así las cosas, en materia de expropiaciones indirectas no sólo está de por medio la protección de la propiedad privada y la primacía del interés general sobre el particular, como sucede en materia de expropiación directa, sino además el ejercicio de las facultades regulatorias estatales, encaminadas a la protección de intereses legítimos como son la salud pública, la seguridad y el medio ambiente. La pregunta que surge entonces es hasta qué punto esta figura del derecho internacional económico se enmarca en los principios del artículo 58 Superior o si, por el contrario, su fundamento se haya en otras disposiciones constitucionales. Al respecto, la Corte en sentencia C-031 de 2009, con ocasión del examen del TLC suscrito entre Colombia y Chile respondió lo siguiente:

“Al respecto, la Corte considera que la interpretación planteada en su intervención por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en el sentido de estimar que el artículo 58 Superior, al no distinguir entre expropiación directa e indirecta, abarcaría ambas, no es de recibo por cuanto en la historia del constitucionalismo colombiano la figura de la expropiación ha comportado, desde siempre, la transferencia del derecho de dominio de un particular al Estado, característica que se encuentra ausente en la expropiación indirecta.

Así las cosas, la expropiación indirecta encuentra un fundamento constitucional en el principio de la confianza legítima. En tal sentido cabe señalar que como corolario del principio de la buena fe, la doctrina y jurisprudencia foráneas, desde mediados de la

³⁹³ Asunto *Metalclad Corp. v. México*, ARB(AF)/97.1, TLCAN, 2001.

³⁹⁴ Asunto *CME v. la República Checa*, UNCITRAL Tribunal Arbitral, Laudo parcial, 2001.

³⁹⁵ Asunto *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. México* ARB(AF)/00/2, 2003.

³⁹⁶ Asunto *Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation*, 1978.

³⁹⁷ Asunto *Goetz and Others v. República de Burundi*, ICSID, 1998.

³⁹⁸ Asunto *Starrett Housing Corp. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-US, 1983.

década de los sesentas³⁹⁹, han venido elaborando una teoría sobre la confianza legítima, el cual ha conocido originales e importantes desarrollos a lo largo de diversos pronunciamientos de esta Corte.

Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. Para Müller⁴⁰⁰, este vocablo significa, en términos muy generales, que ciertas expectativas, que son suscitadas por un sujeto de derecho en razón de un determinado comportamiento en relación con otro, o ante la comunidad jurídica en su conjunto, y que producen determinados efectos jurídicos; y si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente⁴⁰¹. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación⁴⁰².

Ahora bien, en materia de expropiación indirecta, la Corte entiende que debe tratarse, en cualquier caso, de un daño que resulte indemnizable. En efecto, la determinación acerca de si un acto o una serie de actos estatales, en el contexto de una situación específica, constituye una expropiación indirecta demanda la realización de una investigación fáctica, caso por caso, en la cual se consideren, entre otros factores, los siguientes: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) el grado en el cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental. De tal suerte que, no pueden considerarse como casos de expropiación indirecta, los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger intereses legítimos de bienestar común, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, sin que la lista sea exhaustiva.

³⁹⁹ Ricardo García Macho, "Contenido y límites del principio de la confianza legítima", en *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Madrid, Edit. Civitas, 1989, p. 461.

⁴⁰⁰ Müller J.P. *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, Berli, 1971, citado por Silvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, París, Ed. Dalloz, 2002, p. 567.

⁴⁰¹ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 17 de diciembre de 1992, asunto *Holtbecker*, en J. Boulouis y M. Chevallier, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, París, Dalloz, 1993, p. 77. En este fallo el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima se definía como la situación en la cual se encuentra un ciudadano al cual la administración comunitaria, con su comportamiento, le había creado unas esperanzas fundadas de que una determinada situación jurídica o regulación no sería objeto de modificación alguna.

⁴⁰² Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia del 8 de junio de 1977, asunto *Merkur*, en J. Boulouis y M. Chevallier, *Grands Arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, París, Dalloz, 1993, p. 218. En esta sentencia el Tribunal consideró que el principio de la confianza legítima podía llegar a ser vulnerado por la Comunidad Europea debido a la supresión o modificación con efectos inmediatos, en ausencia de unas medidas transitorias adecuadas y sin que se estuviera ante la salvaguarda de un interés general perentorio.

Por otra parte, la Sección B sobre “*solución de controversias inversionista-Estado*”, dispone que “*un inversionista de una Parte, a nombre de una empresa de la otra Parte que es una persona jurídica de propiedad del inversionista o que éste controla directa o indirectamente, podrá someter una reclamación a arbitraje, de conformidad con esta Sección en el sentido de que la otra Parte ha violado:*

- (a) una obligación prevista en la Sección A, diferente a una obligación de conformidad con el párrafo 4 del artículo 802, los artículos 812, 815 u 816, o
- (b) una obligación de conformidad con el subpárrafo 3 (a) del artículo 1305 (política de competencia, monopolios y empresas del estado, monopolios designados) o el párrafo 2 del artículo 1306 (Política de competencia, monopolios y empresas del estado) sólo en la medida en que un monopolio designado o empresa del estado haya actuado de forma incompatible con la Sección A, diferentes a una obligación de conformidad con el párrafo 4 del artículo 802, o los artículos 812, 815 u 816”

A continuación, el artículo 821 establece las condiciones para someter una reclamación al arbitraje, entre ellas, haber transcurrido 6 meses desde que tuvieron lugar los hechos que dieron lugar a la reclamación, indique el monto de la reparación esperada e igualmente exponga los hechos y el derecho alegado.

Posteriormente, se estipula lo referente al consentimiento de las Partes en someterse al arbitraje, la nominación de los árbitros, el lugar del arbitraje, las audiencias, el derecho aplicable, los reportes de los expertos, etc.

Al respecto, la Corte advierte que en sentencia C- 442 de 1996 declaró exequible el texto del “*Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros Estados*”, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965, mediante el cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, instancia internacional competente para solucionar las diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados Partes, a un procedimiento de conciliación y arbitraje.

Así las cosas, la Corte considera que los mecanismos de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados se ajustan a la Constitución por cuanto son conformes con los principios de solución pacífica de diferencias del actual derecho internacional económico, en los términos del artículo 9 Superior.

Por otra parte, y como aspecto novedoso, la Sección D del Capítulo 8 del TLC regula el tema de la solución de controversias para contratos de estabilidad jurídica. En tal sentido, se prevé que un inversionista canadiense podrá someter una reclamación a arbitraje sobre la interpretación o el cumplimiento por parte del Gobierno de Colombia, de un contrato de estabilidad jurídica “*sólo de conformidad con la legislación colombiana y con el párrafo 3 de este Anexo*”.

A renglón seguido, se precisa que tales controversias se someterán a un tribunal de arbitramento con sede en Bogotá; conformado por 3 árbitros independientes e imparciales; precisando que, a menos que se acuerde de otra forma por las partes contendientes, el Tribunal conducirá el procedimiento arbitral en concordancia con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, “*excepto en que sea modificado por este párrafo*”. Al respecto, en la parte de definiciones se aclara que “*Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI significa las reglas arbitrales de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional, aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976*”.

Sobre el particular vale la pena destacar que la Corte en sentencia C- 320 de 2006 consideró que la regulación legal de los contratos de estabilidad jurídica se ajustaba a la Constitución, aunque de manera condicionada:

“En este orden de ideas, la Corte considera que el artículo legal demandado debe ser entendido en el sentido de que mediante los contratos de estabilidad jurídica no se les garantiza a los inversionistas la inmodificabilidad de la ley, sino que se les asegura la permanencia, dentro los términos del acuerdo celebrado con el Estado, las mismas condiciones legales existentes al momento de la celebración de aquél, de tal manera que en caso de modificación de dicha normatividad, y el surgimiento de alguna controversia sobre este aspecto, se prevé la posibilidad de acudir a mecanismos resarcitorios dirigidos a evitar que se afecte el equilibrio económico que originalmente se pactó o en últimas a una decisión judicial. Es decir, es posible que se presente la eventual modificación del régimen de inversiones tenido en cuenta en un contrato de estabilidad jurídica. Pero su ocurrencia, si bien no impide su eficacia, trae como consecuencia que los inversionistas puedan acudir a las acciones judiciales que estimen convenientes. De tal suerte que la incorporación de unas normas legales en un contrato estatal no impide la posterior modificación de las mismas por la autoridad competente.

Y más adelante señaló:

“Ahora bien, la amplia facultad de que dispone el legislador para regular la inversión extranjera o nacional en Colombia, bien sea mediante leyes o instrumentos internacionales, no puede (i) desconocer la Constitución, en especial, los derechos fundamentales, como tampoco los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, muy particularmente, aquellos referentes a los derechos de los trabajadores. De igual manera, le está vedado al legislador (ii) establecer mecanismos de protección a la inversión foránea que impliquen el reconocimiento y pago de indemnizaciones pecuniarias irrazonables, desproporcionadas, exorbitantes o infundadas, que atenten contra la salvaguarda del interés general; (iii) que despojen a los jueces nacionales de sus competencias constitucionales; y (iv) que impliquen una vulneración del principio de separación de poderes.

En tal sentido, la protección que el TLC les brinda a los inversionistas extranjeros en materia de contratos de estabilidad jurídica debe ser entendida de conformidad con los parámetros señalados por la jurisprudencia constitucional.

Por último, se destaca que el artículo 816 del capítulo 8 del TLC regula el tema de la responsabilidad social corporativa, en los siguientes términos:

“Cada Parte alentarán a las empresas que operen en su territorio o que estén sujetas a su jurisdicción a que incorporen voluntariamente estándares internacionalmente reconocidos de responsabilidad social corporativa dentro de sus políticas internas, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean respaldadas por las Partes. Estos principios abordan asuntos tales como los derechos laborales, el medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones con la comunidad y la lucha contra la corrupción. Las Partes le recuerdan a dichas empresas la importancia de incorporar tales estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas.”

Sobre el particular, la Corte considera de la mayor importancia que los postulados de la llamada responsabilidad social corporativa (RSC) o responsabilidad social empresarial (RSE) sean elevados a derecho positivo internacional convencional, por cuanto sus fuentes normativas suelen encontrarse en disposiciones de *soft law*, tales como declaraciones y resoluciones. En tal sentido, incluir los principios de la RSC en un tratado de libre comercio como el presente, coadyuva al cumplimiento de los valores y principios constitucionales tales como la solidaridad, la dignificación del trabajo, el respeto por el medio, y en general, el cumplimiento de las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos.

5.9. Capítulo 9. Comercio Transfronterizo de Servicios.

El Capítulo 9 del TLC se encuentra dedicado a las medidas adoptadas o mantenidas por una Parte, que afecten el comercio transfronterizo de servicios que realicen los proveedores de servicios de la otra Parte, incluidas las relativas a la producción, comercialización, venta y prestación de un servicio; la compra o el uso o el pago de un servicio; el acceso a y el uso de sistemas de distribución y transporte o de redes de telecomunicaciones y servicios relacionados con el suministro de un servicio, así como el otorgamiento de una fianza u otra forma de garantía financiera, como condición para el suministro de un servicio.

Aunado a lo anterior, en materia de servicio, se incluyen las cláusulas de trato nacional, nación más favorecida, acceso a mercados, presencia local, medidas disconformes, reconocimiento, concesión de licencias temporales, transferencias y pagos, al igual que un conjunto de directrices para acuerdos o convenios de reconocimiento mutuo para el sector de servicios profesionales.

La Corte considera que el Capítulo 9 del Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá se ajusta a la Constitución, por las razones que pasan a explicarse.

En el orden internacional económico, el comercio entre Estados no se ha limitado al intercambio de productos sino que ha comprendido, tal y como lo entendió la Corte Internacional de Justicia en sentencia del 12 de diciembre de 1996, en el asunto de las plataformas petroleras, “*el conjunto de transacciones de importación y exportación de servicios, de relaciones de intercambio, de transporte y de operaciones financieras entre naciones*”.⁴⁰³ De igual manera, la doctrina especializada⁴⁰⁴ comenta que la regulación internacional del comercio de servicios ha sido mucho más lenta que aquella de mercancías, por cuanto (i) en ocasiones se traslada el prestador del servicio, quien lo recibe o el servicio mismo (vgr. servicios de televisión o telecomunicaciones); (ii) el comercio de servicios presupone avances tecnológicos, así como la capacidad de movilizar capitales de inversión importantes; (iii) la rentabilidad financiera puede ser débil o altamente aleatoria; y (iv) los Estados consideran que, por razones de seguridad nacional, determinados servicios no pueden ser prestados por extranjeros. De hecho, en las primeras regulaciones del GATT no se aludía a la libre circulación de servicios. Fue necesario esperar al Acuerdo de Marrakech de 1994 para que se suscribiera, en el seno de la OMC, un Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), sin que sea dable sostener que la liberalización de los mismos haya alcanzado los niveles logrados en materia de mercancías.

Dentro de este contexto internacional, el Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Canadá pretende avanzar en el proceso de apertura del mercado de servicios de ambas naciones, en un ambiente de libre competencia, mediante la adopción de cláusulas referentes al trato nacional, nación más favorecida, medidas disconformes y reconocimiento mutuo. Así mismo, el tratado incluye una regulación específica para la prestación de servicios profesionales.

⁴⁰³ CIJ, auto de excepciones preliminares del 12 de diciembre de 1996, asunto de las plataformas petroleras entre Irán y Estados Unidos.

⁴⁰⁴ Patrick Daillier y Allan Pellet, *Droit International Public*, París, 2008.

Ahora bien, de conformidad con su jurisprudencia, la Corte ha estimado que la liberalización del comercio de servicios se ajusta a la Carta Política, en la medida en que respete las facultades atribuidas a los órganos de control, inspección y vigilancia, e igualmente, no afecten la facultad de que dispone el Estado para reservarse la prestación de determinados servicios, en tanto que actividades estratégicas, o por razones de interés social, en los términos del artículo 365 Superior. Así, en sentencia C- 369 de 2002, referente al “*Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la lista de compromisos específicos de Colombia anexa*”, consideró lo siguiente:

“Con todo, podría argumentarse que el presente protocolo, en la medida en que hace referencia a los servicios de telecomunicaciones, muchos de los cuales pueden ser caracterizados como servicios públicos, entra en contradicción con el artículo 365 de la Carta, que regula estas actividades. Conforme a ese reparo, si bien esa disposición constitucional autoriza que los servicios públicos sean prestados por particulares, sin embargo no sólo confiere al Estado la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios sino que además prevé que, por razones de soberanía o de interés social, el Estado puede , mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, y por iniciativa del Gobierno, “reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos”. Según ese reparo, el presente convenio sería inconstitucional por cuanto propugna por un régimen de libertad de comercio en un área, como las telecomunicaciones, que no sólo deben ser controladas y reguladas por el Estado sino que, además la Carta autoriza que sean objeto de una reserva estatal, lo cual es contrario al régimen de libertad de comercio al cual Colombia se compromete.

La Corte considera que la anterior objeción no es de recibo por las siguientes dos razones: de un lado, los compromisos que Colombia adquiere no excluyen las labores de vigilancia y control del Estado sobre la prestación de los servicios públicos. Es más, precisamente la libertad de comercio en ciertas actividades presupone una vigilancia estatal que asegure que los actores no incurran en prácticas monopólicas, desleales o que obstruyan la misma libertad de comercio. Por ello, el propio documento anexo o de referencia, en donde Colombia desarrolla sus compromisos adicionales al AGCS, establece, de manera expresa, distintas formas de vigilancia estatal sobre esas actividades de telecomunicaciones, por ejemplo, para impedir que aquellos proveedores que, individual o

conjuntamente, sean un proveedor importante empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas, o para asegurar que las tarifas estén basadas en el costo y sean transparentes y razonables.

Así las cosas, la Corte considera que el Capítulo 9 del Acuerdo de Libre Comercio se ajusta a la Constitución, en la medida en que el programa de liberalización del sector servicios dispuesto en el mismo, no afecta la existencia de los monopolios rentísticos ni la intervención del Estado en la economía.

5.10. Capítulo 10. Telecomunicaciones.

En materia de telecomunicaciones, el Capítulo 10 regula lo referente al acceso a y uso de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones; comportamiento de los proveedores importantes; organismos de regulación independientes y proveedores de telecomunicaciones de propiedad del Gobierno; licencias y otras autorizaciones; solución de controversias nacionales sobre telecomunicaciones; transparencia; así como el servicio público de transporte de telecomunicaciones.

La Corte considera que el Capítulo 10 se ajusta a la Constitución, por las siguientes razones.

En el artículo 1001, referente a “*ámbito y cobertura*”, precisa que nada en el capítulo 10 se interpretará en el sentido de exigirle a una Parte que autorice a una empresa de la otra Parte para que establezca, construya, adquiera, arriende, opere o suministre redes o servicios de transporte de telecomunicaciones, con lo cual no se afectan las competencias constitucionales asignadas al Estado en materia de intervención en la economía y en la regulación y control de la prestación de los servicios públicos. De igual manera, no vulnera la Constitución, la previsión convencional de que los organismos de control del sector de las telecomunicaciones “*esté separado de y no sea responsable ante ningún proveedor de redes o servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y de servicios de valor agregado*”, por cuanto aquello garantiza la libre competencia en el sector.

Finalmente, no vulnera la Constitución el establecimiento de mecanismos de solución de controversias en la materia.

5. 11. Capítulo 11. Servicios financieros.

Los servicios financieros se encuentran regulados en el Capítulo 11 del TLC. Sobre el particular, se incluyen las cláusulas del trato nacional, la nación más favorecida, el derecho de establecimiento, el comercio transfronterizo, los nuevos servicios financieros, el tratamiento de cierto tipo de información, los altos ejecutivos y las juntas directivas, las medidas disconformes, los sistemas de pagos y compensaciones, al igual que el Comité de Servicios Financieros.

La Corte considera que el Capítulo 11 del TLC no vulnera la Constitución, por cuanto, de manera alguna le impide al Estado ejercer sus facultades de inspección y vigilancia en el sector financiero, de conformidad con los artículos 333 y 334 Superiores.

5.12. Capítulo 12. Entrada temporal de personas de negocios.

El Capítulo 12 del TLC establece diversas cláusulas convencionales, referentes a la entrada temporal de personas de negocios. Al respecto, se prevé el ingreso a cada país de hombres de negocios que cumplan con las medidas referentes a la salud, la seguridad pública y nacional.

La Corte considera que el Capítulo 12 del TLC se ajusta a la Constitución por cuanto se encamina a facilitar la libre circulación de personas entre ambos países, aunque limitada a quienes ejercen actividades empresariales o comerciales. Se trata, en consecuencia, de flexibilizar el régimen migratorio, a fin de que los actores del mercado puedan realizar más fácilmente sus labores comerciales. Sobre este tema, esta Corporación tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia C- 178 de 1995, en el contexto del denominado G-3:

*“También se garantiza la integridad de las competencias para evitar graves trastornos económicos y financieros en el territorio de una parte, para corregir las amenazas a la balanza de pagos de una parte y el estado de sus reservas monetarias, con el deber de proceder a las comunicaciones e informaciones pertinentes entre las partes; de otra lado también se regula la **entrada temporal de personas de negocios** con base en el principio de reciprocidad y transparencia, garantizando la seguridad de las fronteras, la protección al trabajo de los nacionales y el empleo permanente en los respectivos territorios (negrillas agregadas).*

5.13. Capítulo 13. Políticas de competencia, monopolios y empresas del Estado.

En materia de políticas de competencia, el Capítulo 13 del TLC le establece la obligación a las Partes de asegurar que las medidas que adopte o mantenga para proscribir las prácticas anticompetitivas de negocios y las actuaciones de aplicación que emprenda en virtud de dichas medidas, sea compatible con los principios de transparencia, no discriminación y debido proceso.

En lo atinente a los monopolios, se dispone que nada en el acuerdo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte designar un monopolio. Se aclara que cuando una Parte pretenda designar un monopolio y se pueda afectar los intereses de la otra, la Parte designante suministrará a la otra, siempre que sea posible, una notificación previa.

De igual manera, en materia de empresas estatales, se dispone que nada de lo previsto en el Acuerdo se interpretará en el sentido de impedirle a una Parte establecer o mantener una empresa del Estado.

La Corte considera que el Capítulo 13 del TLC se ajusta a la Constitución por cuanto (i) promueve la adopción de políticas y prácticas que fomenten la competencia, lo cual se ajusta a los postulados del artículo 333 Superior; (ii) no impide la conformación de monopolios rentísticos, en los términos del artículo 336 constitucional y (iii) no afecta la estructura del Estado colombiano, en la medida en que no imposibilita la existencia de empresas públicas.

5.14. Capítulo 14. Contratación pública.

El Capítulo 14 del TLC incorpora diversas cláusulas referentes al tema de la contratación pública, tales como excepciones generales y de seguridad; trato nacional y no discriminación; ejecución de la contratación pública; publicación de información sobre contratación pública; publicación de avisos; condiciones de participación; listas de uso múltiple; especificaciones técnicas y documentos de licitación; plazos para la presentación de ofertas; contratación directa; tratamiento de las ofertas

y adjudicaciones de contratos; divulgación de la información; procedimientos nacionales de revisión; modificaciones y rectificaciones de la cobertura, al igual que la creación de un Comité sobre Contratación Pública.

La Corte considera que el Capítulo 14 del Acuerdo de Libre Comercio se ajusta a la Constitución, por las siguientes razones.

En derecho internacional económico se examina hasta qué punto la contratación estatal puede generar obstáculos no arancelarios cuando termina por discriminar a los productores y oferentes extranjeros, en relación con los proveedores nacionales. Sin lugar a dudas, en el comercio internacional, los Estados se han convertido en los principales demandantes de bienes y servicios, motivo por el cual, es usual que conserven ciertas medidas normativas y prácticas administrativas encaminadas a privilegiar a sus nacionales al momento de llevar a cabo procesos de contratación. De allí que en el “Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XVII del GATT de 1994” se defina a las empresas comerciales del Estado como *“Las empresas gubernamentales y no gubernamentales, incluidas las entidades de comercialización, a las que se han concedido derechos o privilegios exclusivos o especiales, con inclusión de facultades legales o constitucionales, en el ejercicio de los cuales **influyen** por medio de sus compras o ventas sobre el nivel o la dirección de las importaciones o las exportaciones”*.

Dentro de esta categoría de empresas comerciales estatales se destacan los monopolios nacionales de carácter comercial, que suponen una situación en la que las autoridades nacionales están en condiciones de controlar o dirigir los intercambios entre Estados, o bien de influir sensiblemente en aquéllos, por medio de un organismo constituido con ese fin o de un monopolio concedido por el Estado a un tercero. Según las disposiciones de la OMC, la existencia de los monopolios no genera obstáculos al comercio internacional, a menos que den preferencia a la comercialización de mercancías nacionales.

En tal sentido, el objetivo principal del Capítulo 14 del Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá consiste en remover esos obstáculos existentes en ambos países en materia de contratación estatal, con base en la aplicación del principio de trato nacional y no discriminación. Para tales efectos, se introducen normas encaminadas a garantizar la publicidad y transparencia en los procesos contractuales estatales, el acceso a la información por parte de los oferentes, los plazos para presentar ofertas, las condiciones para participar, al igual que la información sobre adjudicaciones.

Al respecto, la Corte encuentra que todas estas previsiones se ajustan a los principios que orientan la contratación pública en Colombia y que son igualmente conformes con lo dispuesto en el artículo 209 Superior, en materia de principios rectores la función administrativa.

5.15. Capítulo 15. Comercio electrónico.

En el Capítulo 15 del TLC se afirma que las Partes confirman que el Acuerdo, incluyendo los Capítulos respectivos sobre comercio transfronterizo de servicios; trato nacional y acceso a mercados, inversión, contratación pública, servicios financieros y telecomunicaciones se aplica al comercio realizado por medios electrónicos.

De igual manera, se regula lo atinente a derechos aduaneros, protección de los consumidores, administración del comercio sin papel y protección de la información personal.

El Capítulo 15 del Acuerdo de Libre Comercio se ajusta a la Constitución por cuanto el comercio electrónico ofrece enormes ventajas para las empresas, profesionales independientes e inversionistas de incrementar sus transacciones, lo cual redundará en la generación de empleo y calidad de vida de los ciudadanos. Al mismo tiempo, se establecen mecanismos encaminados a proteger a los consumidores de la realización de operaciones fraudulentas, estableciendo mecanismos bilaterales de cooperación.

Respecto a las actividades realizadas por Internet, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia C- 1147 de 2001, en los siguientes términos:

“A nadie escapa el valor que tienen dentro de un sistema global de comunicaciones, como Internet, derechos y libertades tan importantes para la democracia como el derecho a la igualdad (artículo 13 C.P.), la intimidad y el habeas data (artículo 15 C.P.), la libertad de conciencia o de cultos (artículos 18 y 19 C.P.), la libertad de expresión (artículo 20 C.P.), el libre ejercicio de una profesión u oficio (artículo 26 C.P.), el secreto profesional (artículo 74 C.P.) y el ejercicio de los derechos políticos que permiten a los particulares participar en las decisiones que los afectan (artículos 2 y 40 C.P.), por citar tan sólo algunos ejemplos. Nadie podría sostener que, por tratarse de Internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales.

En este orden de ideas, regular mediante tratados internacionales el comercio electrónico, apunta a brindarle a los operadores económicos ciertas garantías al momento de llevar a cabo operaciones electrónicas; facilita el libre intercambio de productos digitales, e igualmente, propende por el desarrollo económico de los pueblos.

5.16. Capítulo 16. Asuntos laborales.

En el Capítulo 16 del instrumento internacional, las Partes afirman sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos asumidos en la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo (1998) y su seguimiento, así como su respeto continuo de las Constituciones y leyes de cada una.

De igual manera, las Partes *“reconocen que es inapropiado estimular el comercio o la inversión a través del debilitamiento o la reducción de las protecciones establecidas en sus leyes laborales nacionales”*.

De igual manera, se aclara que los objetivos perseguidos con la suscripción del tratado internacional se desarrollan mediante otro tratado internacional (Acuerdo de Cooperación Laboral entre Canadá y la República de Colombia).

La Corte considera que el Capítulo 16 del TLC se ajusta a la Constitución por cuanto propende por dignificar el trabajo (artículo 25 Superior) e igualmente propende por el cumplimiento de tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano en la materia (arts. 53 y 93 Superiores).

5.17. Capítulo 17. Medio ambiente.

En el Capítulo 17 del TLC, las Partes reconocen tener derechos soberanos y responsabilidades en conservar y proteger su medio ambiente y afirman sus obligaciones ambientales, de conformidad con su legislación nacional, al igual que sus obligaciones internacionales.

Así mismo, se comprometen a estimular el comercio o la inversión, sin debilitar o reducir los niveles de protección contemplados en sus respectivas legislaciones ambientales.

Por último, aluden a otro instrumento internacional, suscrito entre las Partes, en materia específica medioambiental.

La Corte considera que el Capítulo 17 del TLC se ajusta a la Constitución por cuanto precisamente reafirma la vigencia de los compromisos asumidos por el Estado colombiano en materia de protección al medio ambiente, lo cual es conforme con los artículos 79 y 80 Superiores.

5.18. Capítulo 18. Cooperación relacionada con el comercio.

A lo largo del Capítulo 18, las Partes se comprometen a fortalecer sus capacidades para maximizar las oportunidades y beneficios derivados del Acuerdo; a fortalecer y desarrollar la cooperación binacional, regional y multilateral; a fomentar nuevas oportunidades para el comercio y la inversión, estimulando la competitividad, al igual que a promover el desarrollo sostenible. Para tales efectos, se constituye un Comité sobre la Cooperación Relacionada con el Comercio.

La Corte considera que el Capítulo 18 del TLC es conforme con la Constitución, por cuanto busca fortalecer la cooperación, en asuntos comerciales, entre Colombia y Canadá, lo cual se ajusta a los mandatos del artículo 9 Superior. Además, se propende por estimular la libre competencia, propósito que se encuentra igualmente consagrado en el artículo 333 Superior.

5.19. Capítulo 19. Transparencia.

El Capítulo 19 sobre transparencia, a su vez, se encuentra conformado por dos Secciones: transparencia (Sección A) y anti-corrupción (Sección B).

En cuanto a la transparencia, se prevén mecanismos que aseguren la publicación, notificación y provisión de información, procedimientos administrativos, revisión e impugnación y cooperación para promover una mayor transparencia.

Por su parte, en materia de lucha contra la corrupción, se establecen medidas tales como preservación de legislaciones nacionales represivas y realización de foros internacionales en la materia.

La Corte considera que el mencionado Capítulo se ajusta a la Constitución por cuanto se limita a establecer un conjunto de mecanismos y procedimientos encaminados a asegurar que las reglas de juego del comercio bilateral sean conocidas por todos los operadores económicos del mercado. Se busca, en consecuencia, garantizar que los compromisos asumidos por las Partes no se vean desvirtuados en la práctica por la presencia de ciertas prácticas administrativas oscuras, contrarias al mandato de transparencia. Lo anterior, es perfectamente conforme con lo dispuesto en el artículo 209 Superior.

5.20. Capítulo 20. Administración del Acuerdo.

El Capítulo 20 del TLC se refiere a la conformación de una Comisión Conjunta encargada de supervisar la implementación del Acuerdo, revisar su funcionamiento, vigilar a todos los comités, entre otras funciones.

La Corte considera que el Capítulo 20 es conforme con la Constitución, por los siguientes motivos.

La creación de órganos encargados de administrar el cumplimiento de tratados de libre comercio es una constante en el ámbito internacional. En efecto, aquellos han sido establecidos en acuerdos celebrados entre los países integrantes del MERCOSUR, en las negociaciones recientes entre El Salvador, Guatemala y Honduras con Canadá, al igual que en el caso de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Al respecto, la Corte en sentencia C- 864 de 2006, al momento de examinar la constitucionalidad del Acuerdo de Complementación Económica CAN-MERCOSUR, respecto a la creación de una Comisión Administradora del mismo dijo lo siguiente:

“Los artículos 40 y 41 crean la Comisión Administradora del Tratado y le asignan sus principales funciones, las cuales se dirigen primordialmente a evaluar los compromisos adquiridos, estudiar los mecanismos que permitan profundizar el proceso de integración y servir de instancia para la solución de conflictos.

Una lectura sistemática de las citadas normas permite concluir, que se trata de un conjunto de disposiciones cuyo fin es consolidar la existencia de una instancia de coordinación internacional, para vigilar y supervisar la aplicación del presente Acuerdo sin que en ello sea posible encontrar contradicción alguna con la Constitución.

No existe por tanto contradicción alguna entre el Capítulo 20 del tratado y la Constitución.

5.21. Capítulo 21. Solución de controversias.

En el Capítulo 21 las Partes se comprometen a procurar, en todo momento, llegar a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del Acuerdo y a realizar todos los esfuerzos, mediante cooperación y consultas, para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria de cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento.

A efectos de resolver las controversias las Partes se comprometen a acudir a mecanismos de consultas, buenos oficios, conciliación y mediación. De igual manera, se prevé la conformación de un panel, a efectos de resolver las controversias.

La Corte considera que el Capítulo 21 sobre solución de controversias se ajusta a la Constitución, por las siguientes razones.

En el derecho de los tratados es usual que los Estados Partes en un instrumento internacional prevean la existencia de unos mecanismos, judiciales o no, encaminados a resolver las eventuales controversias jurídicas que se presenten entre ellos con ocasión de la interpretación o ejecución del mismo. Se trata, sin lugar a dudas, de una manifestación del principio de solución pacífica de las diferencias, consagrado en el Capítulo VI de la Carta de Naciones Unidas.

En tal sentido, la importancia del capítulo 21 del Acuerdo de Libre Comercio estriba en diseñar un marco jurídico mediante el cual puedan solucionarse los litigios entre las Partes suscitados en desarrollo del Acuerdo, de forma tal que se garantice el derecho al debido proceso de los intervinientes.

Al respecto, cabe señalar que, en múltiples ocasiones la Corte ha encontrado ajustados a la Constitución mecanismos semejantes de solución de controversias internacionales, como por ejemplo, los presentes en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia, Venezuela y México⁴⁰⁵; el Convenio Comercial suscrito con la República de Hungría⁴⁰⁶; el Acuerdo Comercial con la República Checa⁴⁰⁷; el Acuerdo Comercial con Malasia⁴⁰⁸ y el Acuerdo Comercial con el Reino de Marruecos⁴⁰⁹.

Por último, en cuanto al procedimiento mismo de solución de controversias regulado en el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, consistente en conformar un tribunal de arbitramento internacional, la Corte encuentra que el mismo se ajusta a lo dispuesto en el artículo 116 Superior, y que el trámite procesal que se adelanta ante el mismo se ajusta a los postulados del debido proceso, garantizando el ejercicio del derecho de defensa de las Partes.

5.22. Capítulo 22. Excepciones.

En el Capítulo 22 se establecen diversas excepciones y aclaraciones al cumplimiento de los compromisos adquiridos, en especial, referidos a temas de seguridad nacional, balanza de pagos, restricciones sobre las transferencias distintas a comercio transfronterizo de servicios financieros, restricciones sobre comercio transfronterizo de servicios financieros, tributación, divulgación de información y exenciones de la Organización Mundial de Comercio.

La Corte considera que el Capítulo 22 sobre excepciones es conforme con la Constitución en la medida en que le permite al Estado colombiano preservar sus competencias a efectos de poder adoptar normas nacionales no discriminatorias, encaminadas a salvaguardar intereses nacionales tales como la seguridad, el orden público, el recaudo tributario, así como el equilibrio de la balanza de pagos.

Sobre el particular, merece la pena destacar que el Capítulo XX del GATT consagra unas disposiciones muy semejantes a las examinadas por la Corte:

“Artículo XX: Excepciones generales

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

- a) necesarias para proteger la moral pública;

⁴⁰⁵ Sentencia C- 178 de 1995.

⁴⁰⁶ Sentencia C- 216 de 1996.

⁴⁰⁷ Sentencia C- 323 de 1997.

⁴⁰⁸ Sentencia C- 492 de 1998.

⁴⁰⁹ Sentencia C- 719 de 1999.

- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- c) relativas a la importación o a la exportación de oro o plata;
- d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error;
- e) relativas a los artículos fabricados en las prisiones;
- f) impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;
- g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacional;
- h) adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico que se ajuste a los criterios sometidos a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobados por ellas o de un acuerdo sometido a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobado por éstas*;
- i) que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los períodos en que el precio nacional sea mantenido a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización, a reserva de que dichas restricciones no tengan como consecuencia aumentar las exportaciones de esa industria nacional o reforzar la protección concedida a la misma y de que no vayan en contra de las disposiciones del presente Acuerdo relativas a la no discriminación;
- j) esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local; sin embargo, dichas medidas deberán ser compatibles con el principio según el cual todas las partes contratantes tienen derecho a una parte equitativa del abastecimiento internacional de estos productos, y las medidas que sean incompatibles con las demás disposiciones del presente Acuerdo serán suprimidas tan pronto como desaparezcan las circunstancias que las hayan motivado. Las PARTES CONTRATANTES examinarán, lo más tarde el 30 de junio de 1960, si es necesario mantener la disposición de este apartado.

Adviértase entonces que ya en el seno del GATT, cuyo respeto las Partes ratifican en el texto del TLC Colombia-Canadá, se admite que los Estados conserven plenamente sus competencias regulatorias en determinados sectores económicos y bajo determinadas condiciones, lo cual, por supuesto, es conforme con las facultades constitucionales de que dispone el Estado colombiano para intervenir en la economía.

5.23. Capítulo 23. Disposiciones finales.

El Capítulo 23 del TLC contiene algunas cláusulas relacionadas con los anexos, apéndices, notas a pie de página, enmiendas, reservas y entrada en vigor.

La Corte considera que el Capítulo 23 es conforme con la Constitución por cuanto, desde la perspectiva del derecho de los tratados, se limita a estipular un conjunto de disposiciones referentes a los efectos en el tiempo del instrumento internacional, al igual que la forma de enmendarlo. En otras palabras, se aplican las disposiciones de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

5.24. Anexos I, II y III.

En el Anexo I del TLC se precisa que el Capítulo de comercio transfronterizo de servicios impone la obligación de otorgar a los proveedores de servicios de la otra Parte un trato nacional, al igual que aplicar las cláusulas de la nación más favorecida.

Se precisa igualmente que en el capítulo de inversión las obligaciones consisten en otorgar trato nacional, trato de nación más favorecida, al igual que a no exigir que los altos ejecutivos y juntas directivas de una empresa sean de una nacionalidad específica, así como a no imponer requisitos de desempeño.

En el Anexo II se incorporan los sectores, subsectores o actividades de servicios sobre los cuales el país podrá adoptar cualquier clase de reglamentación a futuro, sin que ello viole los compromisos adquiridos en virtud del Acuerdo.

En el Anexo III se indica, de conformidad con los artículos de medidas disconformes del capítulo de servicios financieros, las medidas existentes en Colombia que no están sujetas a alguna o a todas las obligaciones impuestas por las Secciones I, II y III.

La Corte considera que los Anexos I, II y III se ajustan a la Constitución, por cuanto se limitan a realizar algunas precisiones en relación con determinadas cláusulas del instrumento internacional, así como a incorporar listados relacionados con los bienes y servicios cubiertos por el instrumento internacional.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, así como la Ley 1363, por medio de la cual fue aprobado el tratado internacional.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. Declarar **EXEQUIBLE** el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el Canje de Notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia.

SEGUNDO. Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 1363, por medio de la cual fue aprobado el tratado internacional.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

COLOMBIA- Sentencia 6

Sentencia T-745/10

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS-

Desconocimiento por obras que constituyen el proyecto construcción y mejoramiento de la vía transversal Barú

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Procedencia para proteger derechos reconocidos a grupos étnicos minoritarios

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAMENTE MINORITARIAS-

Protección constitucional/**DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAMENTE MINORITARIAS**-Análisis sobre sustento constitucional y legal

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS-Vulneración por construcción de carretera en el espacio que material y culturalmente un grupo de afrocolombianos tiene como propio

El proyecto de que se trata no sólo afecta directamente a las comunidades ubicadas en su zona de influencia debido a su disposición geográfica sino que, igualmente, sus secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan sus cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto. He ahí el advenimiento del criterio primario para la obligatoriedad de la consulta a las comunidades étnicamente minoritarias que se vean potencialmente afectadas por una medida legislativa o administrativa, como lo es la construcción de una carretera de tales características y magnitud en el espacio que material y culturalmente un grupo tiene como propio. Para el caso concreto, el adecuado balance entre el principio de interés general y el de protección de la diversidad, integridad y autonomía de los grupos étnicamente no dominantes, como los son las comunidades afrocolombianas localizadas en los municipios de Santa Ana, Barú y Ararca, exige la suspensión de las obras que constituyen el proyecto de la Transversal Barú hasta tanto se efectúe la consulta de las comunidades afrocolombianas encontradas en la región, de conformidad con los condicionamientos reseñados en la parte considerativa de esta sentencia.

Referencia: expediente T-2508417

Acción de tutela instaurada por Rafael Elías Escobar Cafarzuza como representante legal de la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos y Ramiro Torres Espinoza como representante legal del Comité de Veeduría Ciudadana de Pasacaballos 'Ojo Pelao' en contra de la Alcaldía de Cartagena y el Consorcio Vial Isla de Barú.

Magistrado Ponente:

Dra. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil diez (2010).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Luís Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Hechos.

Los accionantes alegan el desconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades negras asentadas en el corregimiento de Pasacallos así como la trasgresión de la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de 1998, la Ley 99 de 1993 y el Convenio 169 de la OIT. Los hechos que sustentan la acción serán sintetizados a continuación:

1. El día veintinueve (29) de diciembre de 2006, el entonces Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias, Nicolás Curi Vergara, suscribió el contrato de concesión vial N° VAL-02-06 con el Consorcio Vial Isla Barú. El objeto del mismo fue el otorgamiento de la concesión *“para la construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú”* lo que, en términos generales, engloba la realización de tareas orientadas a la construcción de la carretera principal, de una longitud aproximada de 31 kilómetros, así como las entradas a los puertos de los poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú, entre otras actividades accesorias. El plazo para la ejecución del mismo se fijó en sesenta y seis (66) meses contados a partir de la fecha de iniciación de la ‘Etapa de Programación’, término que, de acuerdo con lo pactado, *“podr[ía] prorrogarse según las circunstancias que se prev[ían] en este contrato.”* En la cláusula séptima del contrato aparecen determinadas las otras obligaciones a cargo del concedente entre las cuales se destaca la obtención de la licencia ambiental, la aprobación del plan de manejo ambiental y, en caso de ser necesario, el acompañamiento en la elaboración, por parte del concesionario, de las modificaciones pertinentes a la referida licencia.⁴¹⁰
2. Los actores, Rafael Elías Escobar y Ramiro Torres Espinoza, en representación de la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos⁴¹¹ y la Veeduría Ciudadana ‘Ojo Pelao’ respectivamente, alegan la desatención de la obligación de consultar a las comunidades negras que habitan la zona, requisito que se desprende de las normas contenidas en la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de 1998 y el Convenio 169 de la OIT. De manera puntual se sostiene, con base en los artículos 7° y 330 de la Constitución Política, que *“en los territorios titulados y no titulados de la comunidades negras se debe hacer la consulta en los proyectos de expansión, construcción de carreteras que se considere que afectará [la] negativa o positivamente a una comunidad negra o indígena”*.⁴¹²

⁴¹⁰ Folios 13 a 22, cuaderno 2.

⁴¹¹ Como consta en certificado de existencia y representación emitido por la Cámara de Comercio de Cartagena el día 21 de julio de 2009 y que obra a folios 4, 5 y 6 del cuaderno 2 del expediente de tutela, la Empresa Asociativa de Trabajadores Agricultores de Pasacaballos se constituyó como sociedad con un objeto social consistente en *“la producción y comercialización de productos agrícolas, como bien básico de consumo familiar”* y cuyo representante legal es el señor Rafael Elías Escobar Cafarzuza.

⁴¹² Folios 1 a 3, cuaderno 2.

Pruebas relevantes que obran el expediente de tutela.

- Copia de certificación emitida el día 01 de marzo de 2007 por el Personero Distrital de Cartagena de Indias en la que se da fe de que el Comité de Veeduría Ciudadana de Pasacaballos 'Ojo Pelao' fue constituido mediante Acta del día 17 de enero de 2007 y se encuentra inscrito en tal entidad. Consta, en relación con el objeto social del Comité que: *"se encargará de la vigilancia de las inversiones públicas con recursos del Distrito de Cartagena, el Departamento y la Nación, la prestación de los servicios públicos sociales que se presenten, celará por la preservación ambiental y todo lo demás que tenga que ver con el objeto del comité"*. Se precisa, además, que el ciudadano Ramiro Torres Espinosa es el presidente de dicho Comité (Folio 5, cuaderno 2)
- Copia de la respuesta dada por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a la petición hecha por el ciudadano Ramiro Torres Espinosa para solicitar la realización *"del proceso de consulta previa para el proyecto de 'Construcción del Muelle de REFICAR'"* (Folio 55, cuaderno 2)
- Copia de la Ley N° 1228 de julio 16 de 2008 *"por la cual se determinan las fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión, para las carreteras del sistema vial nacional, se crea el Sistema Integral Nacional de Información de Carreteras y se dictan otras disposiciones"* (Folios 8 a 11, cuaderno 2)
- Copia de la Resolución N° 1289 de junio 30 de 2008 *"por la cual se acogen los términos de referencia para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental para la construcción de carreteras y se adoptan otras determinaciones"* (Folios 12 a 14, cuaderno 2)
- Copia del Decreto N° 1320 de julio 13 de 1998 *"por la cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos dentro de su territorio"* (Folios 15 a 19, cuaderno 2)
- Copia de la respuesta proferida por la Directora del Departamento Administrativo de Valorización Distrital frente a la solicitud presentada por el Señor Ramiro Torres Espinosa en relación con la entrega de copia de la documentación relacionada con el contrato VAL 02-06. A la respuesta se anexa copia del contrato de concesión N° VAL-02-06 (Folios 20 a 43, cuaderno 2)

Respuesta de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias.

En respuesta a la demanda de tutela repartida en el Despacho del Juzgado Noveno Penal Municipal de Cartagena, la asesora jurídica de la Alcaldía Mayor de Cartagena, en ejercicio de las funciones que le fueron reconocidas mediante el Decreto 0228 del 26 de febrero de 2009, rindió un informe que habla a favor de la improcedencia de la acción de tutela en el caso concreto. Al respecto se arguyó que *"la acción de tutela, no es la vía idónea para hacer efectivo [sic] las pretensiones de los accionantes, que no es otra que la de hacer efectivo el cumplimiento de disposiciones legales aplicables a comunidades negras, que obligan a realizar unas consultas previas para ejecución de proyectos en áreas a la que se refiere dichas disposiciones normativas, y que no aplica al caso que nos ocupa, por cuanto el terreno en que se ejecuta dicho proyecto no ha sido declarado por el Incoder, que es la autoridad con competencia para hacerlo, como 'Tierra de Comunidad Negra', que es el caso que aplica la consulta previa establecida en el artículo 44 de la Ley 70 de 1993, y que es la principal norma en que se fundan los accionantes para hacer dicha reclamaciones"*⁴¹³

⁴¹³ Folio 75, cuaderno 2.

Se replica, además, que de ser viable la consulta el medio preciso para lograr su satisfacción es la acción de cumplimiento, mas no la de tutela. También se descartó la amenaza o violación de derecho fundamental alguno, pues se asumió que *“el hecho generador de la presente acción de tutela, es el mantenimiento y construcción de una Carretera, en procura del desarrollo de las comunidades que se benefician con dicha construcción, en ejercicio de las competencias descritas en la Constitución Nacional.”*⁴¹⁴

Finalmente, se recalcó la improcedencia de la tutela, de un lado, bajo el argumento de que el artículo 44 de la Ley 70 de 1993 plantea la posibilidad de que las comunidades negras participen en el *diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socioeconómico y cultural* de los proyectos a adelantar en sus territorios, calidad de la que **no** goza la población ubicada en la zona de influencia del proyecto, pues no existe calificación en este sentido por parte del Incoder. Para respaldar esa afirmación se trae a colación el artículo 4º de la Ley 70 de 1993 que reza: *“el estado adjudicará a las comunidades negras de que trata esta ley la propiedad colectiva sobre las áreas que, de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo segundo, comprenden las tierras baldías de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico y aquellas ubicadas en las áreas de que trata el artículo 1º de la presente ley que vienen ocupando de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción (...) Los terrenos respecto de los cuales se determine el derecho a la propiedad colectiva se denominarán para todos los efectos legales ‘Tierras de las Comunidades Negras.’*⁴¹⁵

De otra parte, se insistió en la improcedencia de la tutela ante la ‘aplicabilidad’ de la acción de cumplimiento que, en los términos de la Ley 393 de 1997, puede ser usada por cualquier persona a fin de exigir el cumplimiento, por parte de una autoridad judicial, de *normas aplicables con fuerza de ley o actos administrativos*.

Corolario de lo anterior, se solicitó la denegación de la acción de tutela en razón de que los derechos fundamentales en juego, a juicio de esta parte, se encuentran incólumes. De manera expresa se indicó: *“no existe vulneración de derecho fundamental alguno de los accionantes, pero no obstante, a lo anterior, el [sic] válido tener en cuenta al existencia de recursos o medios idóneos defensa [sic] judicial, sobre lo cual reiteradas sentencias han hecho claridad sobre la improcedencia de la acción de tutela, cuando existan medios idóneos de defensa judicial (...)*⁴¹⁶

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena profirió fallo de tutela el día 31 de agosto de 2009 mediante el cual declaró la improcedencia de la acción y, de manera consecuente, negó el amparo. Lo anterior, tras estimarse que el derecho fundamental a la consulta es amparable frente a medidas que puedan afectar a las comunidades en su calidad de tales, *“y no aquellas disposiciones legislativas que se hayan previsto o actuaciones administrativas que se hayan efectuado de manera uniforme para la generalidad de la población.”*⁴¹⁷ Bajo este entendido, se aseguró que en el caso concreto no ha habido omisión u actuación que perturbe de manera directa a las comunidades negras asentadas en el sector de Pasacaballos.

⁴¹⁴ Folio 76, cuaderno 2.

⁴¹⁵ Folio 77, cuaderno 2.

⁴¹⁶ Folio 82, cuaderno 2.

⁴¹⁷ Folio 89, cuaderno 2.

Para ahondar en este punto se explicó: “*afirman los accionantes en el punto once del escrito de tutela, que a raíz de la construcción de la vía Barú, el Barrio Jorge Eliecer Gaitán ubicado en el perímetro urbano de Pasacaballos, las cuatrocientas familias entre adultos y niños están en riesgo de inundarse, no obstante no aporta [sic] los demandantes ni obran en el informe elementos demostrativos que sustenten dicha aseveración, en relación con la vulneración efectiva y concreta de los derechos a la vida, a la salud y a gozar de un ambiente sano.*”⁴¹⁸

También fue empleado el juicio de inmediatez para desestimar las pretensiones de los actores, en la medida en que el contrato que se ataca fue celebrado entre el Distrito de Cartagena y el Consorcio Vial de Barú en el año 2006, es decir, más de tres años antes de la fecha en la que se interpuso la acción de tutela. Con base en este criterio se sostuvo que “*si entre la ocurrencia de la vulneración de derechos fundamentales y la búsqueda de la solución mediante una tutela transcurre un lapso considerable, es entendible que se infiera menor gravedad de la vulneración alegada o poca lesividad, por lo cual entiende no sería razonable brindar la protección de ésta, que ya no sería inmediata sino oportuna.*”⁴¹⁹

El fallo fue recurrido, pero la impugnación fue rechazada mediante auto fechado el 8 de octubre de 2009 por su presentación extemporánea.⁴²⁰

Actuaciones surtidas en sede de tutela.

Mediante Auto proferido el día 28 de abril de 2010, el Magistrado Sustanciador, para mejor proveer en el asunto de la referencia y en concordancia con el Decreto 1320 de 1998, dispuso lo siguiente:

Primero. Ordenar que por Secretaría General de esta Corporación se oficie a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia a fin de que, en el término de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente Auto, emita pronunciamiento sobre la presencia y ubicación geográfica de comunidades negras en la zona de impacto del proyecto objeto del contrato de concesión vial N° VAL-02-06 suscrito entre la Alcaldía del Distrito de Cartagena de Indias y el Consorcio Vial Isla Barú.

Segundo. Ordenar que por Secretaría General de esta Corporación se oficie al Consorcio Vial Isla Barú y a la Alcaldía del Distrito de Cartagena de Indias para que, en término de tres (3) días siguientes a la notificación del presente Auto, remitan a esta Corporación todos los documentos relacionados con el impacto económico, ambiental,

⁴¹⁸ Ibidem.

⁴¹⁹ Ibidem.

⁴²⁰ A folio 103 del cuaderno 2 obra el auto de rechazo de la impugnación en el que se dice: “*visto lo anterior y como quiera que el fallo de tutela de fecha treinta y uno (31) de Agosto de 2009, fue notificado a los impugnantes el día tres (3) de Septiembre de 2009, tal como consta en la certificación emitida por la oficina de Postal de esta Ciudad (visible a folio 101 del C.O), y la impugnación fue presentada hasta el día nueve (9) de Septiembre de 2009, por tal motivo no se accederá a la impugnación deprecada por los accionantes por ser la misma extemporánea, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 (...)* En consecuencia de lo anterior el JUZGADO NOVENO PENAL MUNICIPAL DE CARTAGENA,

RESUELVE

1. No acceder a la impugnación del fallo de tutela de fecha treinta y uno (31) de Agosto de 2009, pretendida por las partes accionantes por las razones expuestas. ”

*social y cultural que el mencionado proyecto pueda tener sobre la comunidad asentada en la zona de su influencia.*⁴²¹

En cumplimiento de las órdenes dadas en el mencionado auto, a través de la Secretaría General de esta Corporación se libraron oficios OPTB-126/2010, OPTB-127/2010 y OPTB-128/2010 dirigidos a la Dirección de Asuntos para comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras del Ministerio de Interior y de Justicia, el Consorcio Vial Barú y la Alcaldía del Distrito de Cartagena de Indias, respectivamente.

Respuesta del Ministerio del Interior y de Justicia.

En respuesta al oficio OPTB-126/2010, la coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia remitió informe a través del cual se puso de presente que *“una vez revisadas las bases de datos institucionales aportadas por la Dirección para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras sobre comunidades negras, se pudo establecer la presencia de:*

- *Asociación para aprovechamiento forestal sostenible de Pasacaballos, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.*
- *Asociación por los derechos de las comunidades Negras de Pasacaballos, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.*
- *Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Corregimiento de Santa Ana, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.*
- *Consejo Comunitario del Corregimiento de Pasacaballos, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.*
- *Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Comunidad Comunera de Gobierno Rural de Ararca, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.*
- *Consejo Comunitario de la comunidad Negra de la unidad comunera de gobierno Rural de la localidad histórica del Caribe, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.”*⁴²²

También se allegó copia del oficio OFI06-12307-DET-1000, emitido por esa Dirección el día 31 de mayo de 2006 y mediante el cual se emitió certificación dirigida a la Dirección del Departamento Administrativo de Valorización del Distrito de Cartagena en relación con la presencia de Comunidades Indígenas y/o negras en el área de influencia del proyecto ‘Mejoramiento de la Vía Transversal de Barú’.

La referida certificación reza:

“Ref: Certificación sobre presencia de comunidades indígenas y/o negras en área del proyecto ‘Mejoramiento de la Vía Transversal de Barú’, a realizarse en La Isla de Barú entre la Bahía de Cartagena y La Bahía de Barbacoas conectando a la población de Pasacaballos y pasando por las poblaciones de Ararca y Santa Ana hasta Barú, municipio de Cartago, departamento de Bolívar.

*(...) Revisadas las bases de datos institucionales del DANE, Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales y los reconocimientos [sic] emanados de esta Dirección sobre comunidades indígenas **NO SE REGISTRAN** comunidades indígenas en el área del proyecto de la referencia.*

⁴²¹ Auto de 28 de abril de 2010

⁴²² Folios 1 y 2, cuaderno de pruebas.

Revisada la información existente en esta Dirección sobre comunidades negras, **SE REGISTRAN** las siguientes comunidades negras:

Santa Ana: Consejo Comunitario de comunidades Negras del Corregimiento de Santa Ana. Representante Legal David González Cárdenas.

Ararca: Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Riral de Ararca.

Pasacaballos: Asociación para el aprovechamiento forestal sostenible de Pasacaballos. Asociación por los derechos de las comunidades negras de Pasacaballos y el Consejo Comunitario del Corregimiento de Pasacaballos.

(...)

Por lo anterior, en caso de que se superponga alguna comunidad negra, es necesario dar aviso por escrito a esta Dirección para dar cumplimiento a la realización del proceso de consulta previa de que trata el artículo 330 de la Constitución Política, el artículo 7 de la Ley 21 de 1991 y el artículo 76 de la Ley 99 de 1993⁴²³

En relación con el oficio OPTB-127/2010, el Consorcio Vial Isla Barú remitió al Despacho del Magistrado Sustanciador escrito en el que se hizo una exposición sobre las características esenciales del proyecto en cuestión. Algunas de estas apreciaciones serán citadas en extenso:

“La obra en construcción de la vía TRANSVERSAL DE BARÚ, que hace parte de las obras proyectadas en el acuerdo 014 y en el Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito de Cartagena incluye:

-a) Construcción de la vía desde la salida de ABOCOL a la variante hasta el CANAL DEL DIQUE.

b) Construcción de la vía del canal del Dique pasando por Ararca, Santa Ana, hasta el corregimiento de Barú.

c) Entrada al puerto de Santa Ana y al Puerto del Corregimiento de Barú.

d) Construcción de drenajes pluviales y canales.

e) Arborización de las zonas de la vía.

(..)

El proyecto para la construcción de la vía a Barú tiene un componente en el sector continental (en un área del sector de Pasacaballos) el cual consta de un tramo de aproximadamente de [sic] cinco (5) kilómetros, 3.7 de los cuales transcurren por la actual vía a Piedrecitas o al acueducto de Cartagena. Los últimos 1.3 kilómetros del tramo continental, están en un trayecto de 500 metros en predios del señor Gerald Meza, los 800 metros restantes pasan por terrenos completamente inundables, que como se puede apreciar en fotografías del IGAC o en GOOGLE EARTH, siempre han estado deshabitados, al ser terrenos inundables y en algunos lugares con profundidad

⁴²³ Folios 3 y 4, cuaderno de pruebas.

apreciable como los constatan los nativos y los estudios técnicos efectuados para el diseño de la vía. Este sector corresponde a un antiguo brazo del Canal del Dique que fue cerrado hace aproximadamente 20 años, cuando se rectificó el cauce del canal del Dique, desapareciendo el brazo de agua y quedando en su lugar un sector de bajamar que se inunda en invierno y mantiene una alta humedad en épocas de verano. En los últimos años, algunos habitantes de Pasacaballos y de otros lugares han estado invadiendo algunas zonas que corresponden a este sector de bajamar, poniendo en riesgo a inundar sus viviendas por causa del invierno y la consecuente subida del nivel del canal del Dique. Ante inquietudes de los habitantes de Pasacaballos sobre las posibles inundaciones por el trazado de la vía, se les ha comentado, que al contrario la vía sirve de Dique para las aguas que bajan hacia la bahía por este sector interior, de otra parte se les ha explicado que las aguas no suben, que las aguas provenientes de los sectores aledaños a Pasacaballos trataran de llegar al canal del Dique pasando siempre por Pasacaballos y que en la medida que rellenan los bajos se aumentarán las inundaciones.

La vía al cruzar en este sector fue diseñada con características especiales por ser un sector caracterizado por un terreno conformado por limos arcillosos muy blandos, de aproximadamente 12 metros de espesor de acuerdo con los estudios geotécnicos realizados, debiéndose elevar la vía tres metros por encima de la cota más baja.

El comportamiento de esta zona de bajamar es el mismo desde que se modificó el canal del Dique hace veinte años, con inundaciones periódicas en los inviernos que disminuyen el verano. La vía en construcción cruza en medio de este sector, sin alterar de ninguna manera el ecosistema natural, que es el mismo todos los años. (páginas 2 y 3)⁴²⁴

Por su parte, la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias⁴²⁵, en acatamiento de la orden comunicada mediante oficio OPTB-128/2010, envió un informe contentivo de varios documentos pertinentes.

En la parte introductoria aparece la justificación del proyecto que será trascrita a continuación:

“La Vía Transversal de Barú, que comunica a Barú, poblado fundado en el siglo XVII, con Santa Ana y Ararca y a todos estos con Cartagena, es la única vía terrestre que los casi 10.000 habitantes de estas comunidades tienen para llegar a la cabecera Distrital.

También es la vía terrestre que utilizan los visitantes que en busca de recreación se desplazan a sitios ya prestigiosos que le han conferido un valor turístico que el Gobierno Nacional ha valorado como potencial para el desarrollo local en un documento CONPES.

Se utiliza desde fecha no precisada, aunque con dificultades. Su estado actual es deplorable y su tránsito difícil, lento y muy inseguro en época de lluvias, al extremo que a la localidad de Barú solo dos vehículos prestan el servicio de transporte público, situación que afecta el bienestar de los habitantes de la isla y retrasa su desarrollo. La alternativa es el transporte

⁴²⁴ Folios 1 a 4.

⁴²⁵ La isla de Barú corresponde administrativamente a la jurisdicción de Cartagena de Indias DT y C y ambientalmente a la de Cardique.

en lancha por el mar, opción más costosa, de mayores riesgos y sujeta a las variaciones de la meteorología y estado del mar.

El resultado de esta situación es que los pobladores de la isla están desconectados de su cabecera municipal, de los servicios sociales y las oportunidades de empleo, en condiciones desiguales al resto de los corregimientos del Distrito e inclusive respecto a las posibilidades de habitantes de otros municipios que encuentran sus soluciones en Cartagena.

En términos comparativos, desde cualquier municipio ubicado en un radio de 125 kilómetros se necesita menos tiempo y dinero para desplazarse a Cartagena que desde el poblado de Barú, distante a menos de una cuarta parte de esa distancia.

Los habitantes de la isla han reclamado la necesidad de que la vía sea mejorada a unas especificaciones que permitan su tránsito sin limitaciones en cualquier época del año, que permita la conectividad expedita de las comunidades con su cabecera municipal de manera permanente, económica y confiable, como condición determinante para satisfacer necesidades básicas de salud, educación, suministro de alimentos e intercambio de bienes, aspectos esenciales para lograr una buena calidad de vida entre los moradores locales. Y de los turistas cuya presencia es básica para la economía de los pobladores locales.

En el Anexo 4 se incluyen cartas de la comunidad solicitando el mejoramiento de la vía

Como una medida de solución el Gobierno Central, en el Plan de Desarrollo y en el documento CONPES 3333 de 20052, dedicado a Barú, concluye que el turismo es una herramienta de transformación social y señala que la política del gobierno en esta materia está orientada al fortalecimiento de la competitividad de los productos y destinos turísticos colombianos.⁴²⁶

En cuanto al tema metodológico, el proceso fue descrito de la siguiente forma:

“Los análisis realizados se basaron en información obtenida a partir de los diferentes métodos y técnicas propias de cada una de las disciplinas que intervienen en el estudio.

Mediante trabajo de campo se realizó la topografía a lo largo de la franja de la vía, la identificación de las condiciones hidrológicas y el muestro de suelos para los análisis geotécnicos. Para complementar esta información se hicieron análisis de aerofotografías de diferentes épocas y de la cartografía de IGAC disponible en escala 1:25.000.

Con estos estudios se realizó el diseño geométrico del proyecto, el plano topográfico y el planteamiento de las soluciones de ingeniería, hidrología e hidráulica.

Para el estudio del medio físico y biótico se contó con información secundaria del IGAC, del CIOH, del Plan de Manejo del Parque Nacional Natural Corales del Rosario y de San Bernardo de la UAESPNN y de CARDIOUE. Se trabajó con la cartografía del POT, desarrollada sobre base IGAC 1:25.000 y la de los análisis del Area Marina Protegida soportada por INVEMAR, CARDIOUE, EPA Cartagena y la UAESPNN del MAVDT. Esta información fue complementada con la información técnica del proyecto y con información obtenida con trabajo de campo y entrevistas no estructuradas a pobladores de la Isla (...)⁴²⁷

⁴²⁶ Folios 6 y 7, cuaderno de pruebas.

⁴²⁷ Folio 7, cuaderno de pruebas.

En sí, el proyecto fue descrito de la siguiente forma:

“El trazado del proyecto completo de la vía se observa en la figura 3.1 y en los planos 3.1.A y 3.1.B a escala 1:25.000.

Los detalles del diseño geométrico se presentan en los Planos de diseño Nos G1 a G 39⁴²⁸ (Planos de diseño PV).

Se dispondrá de una zona de vía total de 20 m de ancha. La vía será de dos carriles de 3,65 m cada uno, con bermas de 1 m a cada lado más una canaleta para drenajes para un total de 11,3 m de sección que será intervenida.

Las obras a realizar en este proyecto corresponden con las de mejoramiento de vías, que describe la Guía Ambiental para las actividades de construcción, mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial⁴²⁹.

El trazado utilizará la misma franja por donde transcurre la vía actualmente, para evitar una fragmentación adicional del territorio, remociones mayores de cobertura vegetal y acciones de colonización. Se incluirán las correcciones y rectificaciones de alineaciones horizontales, que el análisis de detalle en terreno indique conducentes a mejorar el tránsito.

La conexión del continente con la isla se trasladará 800 m aguas arriba de donde hoy se encuentra por el Canal del Dique, con el propósito de eliminar el paso vehicular por Pasacaballos y evitar potenciales accidentes y el daño de sus vías.

3.3.1 Trazado tramo continental.

Inicia en la intersección del desvío que en ABOCOL se desprende de la vía de Mamonal (K=0+000 del tramo continental) y conecta con la carretera que conduce a la toma del acueducto y a Rocha, por una vía que actualmente existe y se encuentra consolidada. En su tramo inicial corresponde a un sector de la malla vial de la zona industrial.

En este trayecto se contempla realizar el mejoramiento entre las abscisas KO+000 y K3+610 y la construcción de la vía entre la abscisa K3+610 y la orilla del Canal del Dique donde se ubicará la abscisa K4+996.

3.3.2 Tramo Canal del Dique - Sector Playa Blanca

El KO+000 sobre la isla se ubicará en la orilla oeste (W) del Canal del Dique 800 metros aguas arriba de donde hoy se encuentra, por las razones ya explicadas.

⁴²⁸ Ingueto Ltda. 2007.

⁴²⁹ Ministerio de Medio Ambiente, Ministerio de Transporte - INVIAS, 2003. Guía Ambiental para las actividades de construcción, mejoramiento, rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura vial

Desde este punto se trazará la vía por una franja nueva, que atravesará una finca ganadera, hasta unirse a la vía actual aproximadamente en la abscisa K1 +450, desde donde continuará por la misma franja ocupada actualmente, circundando los poblados de Ararca en el K4+800 y Santa Ana en el K7 + 100. El trayecto transcurre a alturas del suelo natural predominantes entre 5 y 10 msnm pero se encuentran algunas zonas bajas entre 0 y 1 msnm. Poco después de Santa Ana se sobrepasa el sector conocido como la Loma en donde se alcanza la máxima altura en toda la vía ascendiendo hasta 42,8 msnm (K8+040) en poco más de 0,7 km, con pendientes naturales hasta de 10% en un corto trayecto.

Desde esta loma la vía, siguiendo por la misma franja actual, descenderá hasta los 20 msnm en el K9+800, donde baja hasta un sector cercano a la orilla de Barbacoas sobre 1 msnm. Desde este punto continuará a una altura predominante fluctuante entre 3,0 y 13,5 msnm, con pendientes naturales entre 0,5 y 3,5%. Se presenta un punto bajo mínimo de 1,7 msnm en un trayecto de 100 m en sector intermedio de este tramo, donde los drenajes confluyen y por la naturaleza del suelo en la franja de la vía y falta de drenajes se forman encharcamientos o lodazales que dificultan el tránsito en épocas de lluvias.

Los detalles de este sector pueden observarse en los planos de diseño G 06 a G 22.

3.3.3 Tramo Playa Blanca Ciénaga de La Estancia

El sitio en donde se produce la bifurcación de la vía para dar salida hacia Playa Blanca se produce en la abscisa K14+450. A partir de este punto la vía, hacia Barú, continuará por la misma franja actual, a alturas del terreno natural que van de 7,5 msnm hasta un poco menos de 3 msnm, con pendientes de 1,5% a 3,1%. En este trayecto por falta de drenajes la vía sufre de fuertes encharcamientos, formando unos lodazales, que limitan el transporte durante las lluvias.

A partir de la abscisa K16+860, en donde se encuentra la bifurcación hacia Punta Iguana se sigue por la franja de la vía antigua, por el pie del cerro de La Estancia, por terreno duro sobre roca, tal como es visible en la aerofotografía 3.2, transitando alturas del terreno que bajan gradualmente hasta 0 msnm en la abscisa K17+870 poco antes del caño de la ciénaga de La Estancia, en cuyo borde se encuentra una altura de 0 msnm.

Los detalles en este sector pueden observarse en los planos de diseño G 23 a G 25.

3.3.4 Tramo Cholón - Poblado de Barú

Después del lindero SW del PNNCRSB, la vía continuará por la misma franja existente hacia el SW en dirección al sector de la ciénaga de Cholón, por alturas del terreno natural preponderantemente mayores a 3 msnm. En la abscisa K 22+128 el proyecto tomará hacia el sur, por el sector de Hatillo, para empalmar la vía con el antiguo Camino Real de Barú por donde transcurrirá en dirección suroeste (SW) a través de la vertiente de Barbacoas de los cerros de Cholón, hasta llegar al poblado de Barú, ganando altura hasta 15 msnm en los primeros 300 m y luego a través de ondulaciones naturales del terreno hasta 24 msnm en la abscisa K23+900 y a 27,2 msnm en el K25+290, para luego descender a 0,6 msnm a la entrada del pueblo por la cancha de fútbol en el K26+450. La pendiente en este trayecto fluctúa principalmente alrededor de 4,5% con extremos de 1,1 Y 6,1%.

Esta variación en el trazado recupera el antiguo camino, en lugar de seguir por la franja actualmente utilizada por el pie de la vertiente del Mar Caribe, con el fin de:

- Evitar el impacto de una estructura dura e impermeable como la vía, entre el borde del cerro y la ciénaga de Cholón, ya que esta interrumpiría los drenajes y el flujo de nutrientes hacia los manglares y el cuerpo de agua;
- Acortar el recorrido de la vía;

Los detalles del proyecto en el tramo de Cholón al poblado de Barú se pueden observar en los planos de diseño G 28 a G35.⁴³⁰

En relación con las propiedades del ambiente que rodea la zona de influencia del proyecto se dijo:

“4.1.1. Área de influencia directa

El área de influencia directa del proyecto esta definida por la franja de la servidumbre de la vía con un ancho de 20 metros y la longitud de la misma es decir un máximo de 27 kilómetros en su parte insular, más 1.39 Km en su parte continental.

4.1.2 Área de influencia indirecta

Debido a la localización del trazado de la vía, que atraviesa toda la isla de Barú de noreste a suroeste, se ha determinado establecer como áreas de influencia indirecta las escorrentías asociadas a la vía, las cuales se describen a continuación y cuyos ámbitos de ubicación general se presentaron en el plano 1.1.

Tabla 4.1: Definición de las áreas de influencia indirecta del proyecto

VERTIENTE	UBICACIÓN
BAHÍA DE CARTAGENA	De la abscisa KO+000 a la K6+391
BAHÍA DE BARBACOAS	De la abscisa K6+391 a la K 12 + 100
	De la abscisa K8+365 a la K11 +600
	De la abscisa K13+ 784 a la K15+860
	De la abscisa K22+300 a la K26+983
MAR CARIBE	De la abscisa K12+100 a la K13+784
	De la abscisa K15+860 a la K22+300

⁴³⁰ Folios 17 a 19, cuaderno de pruebas.

4.2 MEDIO ABIOTICO.

Toda la información secundaria referida al medio abiótico ésta fundamentada en los siguientes estudio:

- "Estudio General de Suelo y Zonificación de Tierras del Departamento de Bolívar" de IGAC. De 2004
- "Plan de manejo del parque nacional natural Corales del Rosario y San Bernardo" realizado por un grupo interdisciplinario de la UAESPNN Territorial Costa Caribe en 2006. y adoptado por el Ministerio de Ambiente, vivienda y Desarrollo Territorial mediante la Resolución 018 del 23 de enero de 2007.
- "Evaluación del potencial ambiental de los recursos de suelo, agua, mineral y bosques en el territorio de la jurisdicción de CARDIQUE"; realizado por INGEOMINAS para CARDIQUE en 1999."
- Caracterización y diagnostico integral de la zona costera comprendida entre Galerazamba y Bahía Barbacoas tomo 11, realizado por el CIOH para CARDIQUE en 1998
- "Actualización de Aspectos Ambientales - Proyecto Turístico Isla de Barú" de la Corporación Nacional de Turismo Colombia de agosto de 1991.
- "Plan de Ordenamiento Territorial del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias" adoptado por la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, por medio de Decreto No. 0977 del 20 de noviembre de 2001.
- La base cartográfica del Plan de Ordenamiento Territorial de Cartagena de Indias.⁴³¹

(...)

"4.4 MEDIO SOCIOECONÓMICO

4.4.1 Lineamientos de participación

La administración ha realizado un cuidadoso análisis de la propiedad de la tierra a lo largo de la franja que ocupa la vía, en la cual se realizarán las obras del proyecto. El estudio predial muestra que colindando con la franja de la vía hay 164 predios de propiedad privada y que no hay tierras baldías que colinden con dicha franja. Estos predios aparecen identificados por el IGAC y algunos de los cuales pueden haber sufrido subdivisiones no formalizadas aun.

Todos estos propietarios han elegido a tres personas para que lleven su representación ante el Departamento Administrativo de Valorización Distrital, de acuerdo con el Estatuto de Valorización, para efectos de discutir y acordar las decisiones relativas al proyecto. No obstante, se ha establecido comunicación directa individual los propietarios.

De otro lado, la administración distrital ha mantenido comunicación con las autoridades ambientales acerca de la ejecución del proyecto. En el avance de este proceso en noviembre de 2005 informó a Cardique autoridad ambiental regional sobre la ejecución del mismo entregando una solicitud formal que incluía un estudio de impacto

⁴³¹ Folios 2 a 3 cuaderno 4.

ambiental. Posteriormente enterada del traslado de la solicitud al MA VDT la administración distrital, por intermedio del Director del Departamento Administrativo de Valorización Distrital reiteró el interés de realizar el proyecto e mejoramiento y construcción de la vía transversal de la isla de Barú.

Posteriormente en octubre 2 de 2006, con objeto de adjudicar la concesión para ejecutar la obra, abrió el proceso de licitación pública, el cual culminó en una audiencia pública con la participación de los proponentes, propietarios de predios de Barú y representantes de las comunidades. Copia de la apertura y del acta de la audiencia final se adjuntan en el anexo 4 de este estudio. También se adjunta un disco compacto (cd) de dicha audiencia.

Igualmente, la comunidad ha tenido acceso permanente también a manifestarse respecto a la vía. En ese sentido el alcalde realizó visita a Barú y ha recibido miembros de la misma en su despacho. Así mismo, la comunidad ha hecho conocer su pensamiento sobre este asunto enviando varias cartas a la administración. Se adjuntan en el anexo 4, copias de cartas en las que los pobladores de la isla reclaman la ejecución de la vía.

En desarrollo de este estudio se convocaron a las comunidades de Ararca, Santa Ana y Barú para socializar el proyecto de la vía, en reuniones que se efectuaron los días 2, 3 Y 24 de octubre del año en curso con participación e miembros de la comunidad y representantes de las Juntas de Acción Comunal.

En dichas reuniones se explicó el trazado y demás características técnicas de las obras, así como las incidencias de carácter ambiental y los trámites a ejecutar. En estas reuniones, los asistentes, al manifestar su satisfacción por la comunicación sobre la próxima ejecución de mejoramiento de la vía, no manifestaron conceptos en contra del proyecto y más bien expresaron su expectativa sobre la fecha de iniciación y el tiempo de duración de las obras y dejaron constancia de su preocupación de que esta se realice a la mayor brevedad y que no se vaya dejar de hacer. Señalaron con intensidad que desde hace varios años están a la espera de que se concrete esta obra.

Se anexan copias de la carta de convocatoria a estas reuniones, de las actas memoria de las mismas y las firmas de los asistentes....

4.4.2 Dimensión demográfica

El área de influencia directa del proyecto está conformado por los terrenos ubicados a la orilla de los 26.5 Km. de carretera que se construirán en la isla. Los principales centros poblados por donde pasará la carretera son Ararca, Santa Ana y Barú, sobre los cuales se centrará el análisis de la información.

La isla de Barú, según datos de Planeación Distrital, tiene una población 7.731 habitantes distribuidos en tres corregimientos así: el 51,65% en Santa Ana, el 35,52% en Barú y el 12,83% en Ararca. El patrón de asentamiento en los centros poblados es nuclear, siendo Santa Ana y Barú donde más se evidencia esta situación. La isla tiene

un promedio de 5,1 miembros por familia y una tasa de natalidad de 2,9% muy superior a la de Colombia y del departamento de 2,12 %.⁴³²

(...)

“Actividades Económicas de la Población de la Isla de Barú

La figura 4.13 muestra que el 24,8% de la población se encuentra trabajando en la informalidad siendo la pesca, el turismo, la acuicultura, la agricultura y la elaboración de artesanías las ramas de actividades que ocupan a la población en la isla.

La pesca, debido a la restringida oferta laboral, se convierte durante todo el año en la principal fuente generadora de empleo. Los pobladores de Santa Ana y Barú viven principalmente de esta actividad. En Barú existe una cooperativa de pescadores conformada por aproximadamente 24 cooperados, las principales artes de pesca utilizadas por los agremiados son el cordel y el arpón, Entre las especies producto de la pesca figuran: jurel, pargo mulato, pargo rojo, cherna, carito, picúa, ronco, mero y saltóna. El producto de la pesca de la cooperativa es comercializado en más del 50% de Cartagena y Playa Blanca. En la isla existen aproximadamente ocho compradores que funcionan bajo una estructura tipo oligopsonio. Otros compradores de diversos orígenes llegan directamente a demandar productos pesqueros a Barú, que comercializan luego en Cartagena.

Las Artesanías son un renglón importante de la economía local, existen más de 50 personas distribuidas en 13 talleres dedicadas a esta actividad. Las artesanías son elaboradas por los nativos con diversos materiales como madera, coco, totuma y caracuchas, que se venden en el sector turístico de Playa Blanca. En Barú predomina familias dedicadas esta actividad; algunos aseguran una estabilidad en la generación de ingresos sobre todo en temporadas altas. Las ventas de artesanías se hacen a turistas principalmente en las instalaciones hoteleras de las islas del Rosario y en los sitios turísticos de la isla.

La actividad turística es otro renglón de la economía local, que generan empleos supeditados a las temporadas vacacionales. El turismo se desarrolla a lo largo de la línea de costa especialmente en Playa Blanca, Portonaito, Playetas, Ciénagas de Cholón (Barú Beach Resort) y de Barú (Casa Azul), aprovechando la suave y cálida brisa marina, las aguas cristalinas, la playa blanca, la riqueza natural y su tranquilidad, para brindar al turista el sitio perfecto para su descanso y recreación. Estos sitios se caracterizan por brindar una oferta de restaurantes, deportes náuticos y transporte hacia las islas, la playa de los muertos y la zona del club Punta Caimán, donde se realizan actividades recreativas en general.

El sector la playita, a pesar de su poca amplitud, es muy concurrida por los turistas. En el corregimiento de Barú, se viene desarrollando el ecoturismo comunitario, liderado por mujeres de la isla. La falta de agua potable y de servicios básicos por parte del sector informal, se convierte en los principales problemas que no hacen competitivo a este sector.

⁴³² Folios 46 y 47, cuaderno 4.

Otro renglón de la economía se presenta con la Acuicultura, con cuatro fincas camaroneras localizadas al norte y oriente de la isla. Barú Shrimp Company se ubica al extremo nororiental de la isla, sobre el margen derecho del carreteable actual existente en el primer kilómetro de la vía, AMC asentada en el margen occidental de la ciénaga Honda y margen derecho de la vía en sus primeros kilómetros, Reforestadora del Caribe entre la ciénaga de los Vásquez y Ciénaga Honda y norte de la isla y Camaronera Barú en el extremo oriental de la isla y la población de Santa Ana, limitando con la bahía de Barbacoas.

Estas actividades establecidas sobre terrenos ocupados anteriormente por manglar, esta presionando y alterando las comunidades animales y vegetales.

Es determinante el daño causado al manglar por la apropiación de terrenos para la construcción de piscinas de cultivo de camarón, lo cual está asociado con destrucción de hábitats de especies tanto terrestres como acuáticas⁴³³.

La acuicultura afecta negativamente las características del suelo y el uso potencial. Las áreas más afectadas por esta actividad son: la zona de manglar al Nororiente de Santa Ana, bordeando la bahía de Barbacoas; la zona de manglar al norte de Caño Lequerica, márgenes izquierda y derecha del Canal del Dique⁴³⁴.

La agricultura y la ganadería son renglones de menor importancia dentro de la isla y generan poco empleo. Entre los cultivos tradicionales se encuentran: el maíz, arroz, yuca, plátano, ciruela, patilla, melón, coco, mango, níspero, y anón, cuyas cosechas permiten el autoconsumo y el abastecimiento de la población local. La extensión de los terrenos agrícolas generalmente no excede las 2 hectáreas y se cultivan en su totalidad; las principales áreas de cultivo son la vía allatillo y el sector del bongo.

En la actualidad sobre el recurso pesquero se ejerce una fuerte presión debido que esta actividad se convierte en complementaria de la agricultura, ya que esta no es permanente, esto situación sumada a la baja productividad de las tierras y el incremento de la demanda por las tierras para fines recreativos y turísticos, han provocado de según los habitantes de la isla una disminución del recurso pesquero.

4.4.5. Dimensión cultural

En la isla de Barú cada corregimiento celebra con gran fervor fiestas en honor sus santos patronales, las que incluyen ceremonias religiosas (misas, bautizos, y procesiones) y bailes populares.

Ararca celebra sus fiestas el 3 de noviembre en honor a San Martín de Porras, Santa Ana el 26 de julio en honor a Santa Ana y Barú el 3 de mayo en honor a la Cruz de Mayo, estas fiestas tienen una duración de tres días o más de acuerdo con el presupuesto de los asistentes.

⁴³³ CARDIQUE – Universidad de Cartagena. "Plan de Manejo y Control Ambiental de las Zonas Portuarias y Costeras en el Área de Jurisdicción de Cardique", 1998.

⁴³⁴ *Ibíd.*

En los tres corregimientos también se celebra de manera muy emotiva el 16 de julio día de la virgen del Carmen. Estas fiestas se caracterizan por utilizar bandas musicales y potentes máquinas de sonido, para amenizarlas.

*En los corregimientos de Ararca y Santa Ana es común observar a grupos de hombres departiendo en las esquinas y tomando licor todos los días, los fines de semana las mujeres se suman a estos grupos. En el corregimiento de Barú se aprecia este fenómeno los fines de semana.*⁴³⁵

En punto a la explotación de los recursos naturales y los estudios de impacto ambiental se efectuó, en un primer momento, una relación de los aspectos metodológicos relevantes para, posteriormente, abordarse el asunto de los impactos generados. Se sostuvo:

“Metodología de Evaluación

La metodología de evaluación es estrictamente cualitativa, basada en la apreciación que se tienen sobre las características de los impactos identificados.

El procedimiento de evaluación se inicia con la identificación de las actividades de extracción de madera que causan los mayores efectos, así como los componentes del ambiente más susceptibles de recibir dichas afectaciones.

Se determinaron como las acciones, procesos y operaciones de significación para el medio receptor las siguientes acciones:

- *Tala o apeo de los árboles*
- *Desrame y troceo de los árboles apeados.*
- *Transporte interno de las trozas y desperdicios.*
- *Apilado de residuos y material troceado.*
- *Manejo y disposición de desperdicios.*
- *Contratación de personal para las diferentes actividades.*

Caracterización de los Impactos

● *Componente Geográfico Formas Naturales y Estabilidad*

Las geoformas originales del terreno serán modificadas de manera parcial por efectos de la remoción de los árboles, ubicados en las 55 hectáreas que se han de intervenir.

Estos cambios inciden levemente en el terreno; pues el material quedara expuesto a la acción de la meteorización y pérdida de la consistencia.

⁴³⁵ Folios 64 a 97.

Por presentar una topografía algo ondulada en algunos sectores, una vez sean removidos los árboles, el área quedara expuesta a la acción de las lluvias y demás factores climáticos, presentándose una probabilidad de procesos erosivos.

Las afectaciones sobre el suelo están en función del área que perderán su cobertura y de la calidad de los mismos. Por tal razón se presentara un leve impacto negativo en este recurso, por la perdida parcial de la masa arbórea que servía para la retención de los suelos, aunque a la vez, debido a la estabilidad estructural a la que se someterá el terreno no se permite el desarrollo importante de procesos erosivos y a la vez, la ampliación del dosel permite una mayor descomposición de la materia orgánica.

- *Componente Hídrico*

Los efectos principales serán producidos por el aporte de sedimentos y aumento de la turbidez generados por las actividades de arrastre de trozas, remoción de los árboles y ramas.

- *Componente Biótico*

Vegetación

La remoción de los árboles de las especies seleccionadas que representan un valor ecológico es uno de los impactos más importantes; aunque al eliminar competidoras por luz, nutrientes y espacio aparecerán varias especies heliófitas importantes en la protección del suelo y la fauna: El desarrollo de los árboles remanentes mejora notablemente.

Fauna

La fauna terrestre y aérea migrará parcialmente hacia las áreas boscosas vecinas mientras se desarrolle la extracción de biomasa, contribuye a aumentar la migración de la fauna hacia otras zonas.

- *Componente Socioeconómico*

Como política de beneficio a la comunidad, la mano de obra será contratada del área de construcción del proyecto, lo cual beneficiara socialmente a los corregimientos del área del proyecto como Ararca, Santana y Barú.

- *Componente Atmosférico*

Las acciones que provocan deterioro en la calidad del aire se presentan en las etapas de tala de los árboles y transporte interno de la biomasa; donde se conjugan varios factores como son: la remoción de la vegetación y el arrastre de los troncos con la consecuente disturbación del suelo, lo que hace más factible el movimiento de partículas de polvo hacia la atmósfera por la acción del viento. A estos factores se pueden sumar la emisión de partículas y gases por la operación de la motosierra y/o tractor.

Los niveles de ruido se verán alterados o incrementados durante las actividades de tala, transporte y disposición de la madera, producto del ruido de los motores de combustión.

Medidas de Manejo, Control, Compensación y Corrección de Impactos Generados

A continuación se presentan las medidas que deben ser tenidas en cuenta, antes, durante y después de la extracción de biomasa del área de influencia directa del proyecto.

A-) Se hará una selección de plántulas de importancia económica y ecológica ubicadas en las áreas boscosas a talar, para trasladarlas a zonas donde su establecimiento sea benéfico para el crecimiento propio y para mejorar y conservar los ecosistemas.

B-) El lugar de acopio o apilado de la biomasa será el borde de la vía en construcción, para luego disponer los residuos vegetales en sitios cercanos autorizados por CARDIQUE, ya que este sitio además de ofrecer facilidades para el transporte de la biomasa queda alejado de los cuerpos de agua.

C-) Se debe hacer la reposición del material vegetal a remover, en lugares donde se requiera protección de márgenes hídricas, o exista deterioro de suelos o vegetación; preferiblemente en aquellas áreas muy degradadas.

D-) Los desperdicios (material foliar y leñoso) producidos durante la extracción deben disponerse (Acopiarse) en lugares dentro del área del proyecto autorizados por CARDIQUE, lejos de áreas boscosas y márgenes hídricas.

E-) En ningún caso se debe acopiar o disponer material de desperdicio de la extracción forestal en zonas boscosas aledañas, ni en zonas cercanas a estas, para minimizar la probabilidad de ocurrencia de incendios en dichas áreas; además. Ante la eventualidad, el personal deberá estar capacitado en labores de control de incendios.

F-) Con anticipación a las labores de extracción, se debe iniciar el reconocimiento o determinación de aquellos lugares que requieran de obras de control y estabilización del terreno.

G-) Se debe establecer las normas de comportamiento para los trabajadores vinculados en las diferentes labores de la extracción forestal como son: prohibición de caza de animales, pesca, tenencia, comercio y transporte de animales silvestres, manejo de residuos sólidos, arrojado de basuras a corrientes hídricas, entre otras.”⁴³⁶

En cuaderno posterior se hizo la siguiente relación de impactos ambientales:

“6.1.2 Con proyecto

La identificación y evaluación de impactos se construyó a partir de la metodología de Vicente Conesa Fernández⁴³⁷, la cual en resumen establece tres pasos así:

⁴³⁶ Folios 24, 25 y 26.

⁴³⁷ Conesa Fernández, Victoria Vicente. Guía metodológica para la evaluación del impacto ambiental. Ed. Barcelona: Mundi - Prensa, 2000. p. 29 - 42, 88 - 96.

a. A partir de las actividades del proyecto se identifican los efectos que de cada una de ellas se generan.

b. Se identifican los impactos que en los componentes ambientales producen los diferentes efectos derivados de las actividades y en una matriz se cruzan con los componentes ambientales identificando la causación de impactos. (Ejemplo: Una actividad es el desmonte, un efecto del desmonte es la remoción de la cobertura vegetal y el impacto es la pérdida de flora. El desmonte tiene otros efectos, por ejemplo emisión de gases (al usar máquinas) y el impacto de este es la contaminación del aire).

c. En la segunda matriz se evalúa la importancia de los impactos identificados, mediante la valoración de los siguientes aspectos:

1) *Carácter o naturaleza del cambio en el componente ambiental:*

Se refiere al carácter **beneficioso** o **perjudicial** de un impacto, para lo cual se señala con un signo positivo o negativo, respectivamente.

2) *Intensidad o grado del impacto:*

Impacto muy alto. Implica una destrucción casi total del componente ambiental considerado en caso de producirse el impacto.

Impacto mínimo o bajo. Expresa una destrucción mínima del factor considerado

Impacto medio y alto. Sus repercusiones se consideran entre niveles intermedios de los dos citados anteriormente

3) *Extensión:*

Impacto puntual. Tiene incidencia muy localizada

Impacto parcial. Tiene una incidencia apreciable en el medio

Impacto extremo. Se detecta en una gran parte del medio analizado

Impacto total. Se manifiesta de forma generalizada en todo el entorno considerado

Impacto de ubicación crítica. Se produce en un entorno cuya situación hace que sea crítica. (p. ej.: vertimiento en una zona próxima a una toma de agua para acueducto)

4) *Momento en que se manifiesta:*

Impacto latente (corto, medio y largo plazo). El impacto se manifiesta después de algún tiempo desde el inicio de la generación del efecto.

Impacto inmediato. El lapso de tiempo desde que se produce la acción hasta que se manifiesta el impacto es prácticamente nulo.

Impacto de momento crítico. El impacto cuyo momento de aparición es crítico, independientemente del plazo de manifestación

5) Persistencia:

Impacto temporal. La alteración que ocasiona no permanece en el tiempo.

Impacto permanente. La alteración es indefinida en el tiempo. Para efectos de trabajo se asume permanente cuando la duración es mayor de 10 años.

6) Posibilidad de recuperación:

Impacto irrecuperable. Recuperar el medio a la condición previa a la acción del impacto no es posible por la acción natural o por la acción del hombre.

Impacto irreversible. No es posible retornar a la situación previa por medios naturales

Impacto reversible. La alteración puede ser asimilada por el entorno como resultado de los procesos naturales.

Impacto mitigable. Puede mitigarse, mediante el establecimiento de medidas correctoras.

Impacto recuperable. La alteración puede revertirse por la acción humana

Impacto fugaz. La recuperación es inmediata tras el cese de la actividad y no precisa prácticas correctoras o protectoras.

7) Relación causa-efecto:

Impacto directo. La manifestación del impacto es inmediata en el componente sobre el que actúa el efecto.

Impacto indirecto o secundario. La manifestación del impacto se da como consecuencia de un impacto previo en algún otro componente ambiental.

8) Interrelación de acciones y/o efectos:

Impacto simple. Se manifiesta sobre un solo componente ambiental o cuyo modo de acción es individualizada.

Impacto acumulativo. Al prolongarse en el tiempo la acción del agente inductor, incrementa progresivamente su gravedad

Impacto sinérgico. Se produce cuando el impacto conjunto en presencia simultánea de varios efectos o acciones suponen una incidencia mayor que la suma de los mismos.

9) Periodicidad:

Impacto continuo. Se manifiesta a través de alteraciones continuas.

Impacto discontinuo. El efecto se produce a través de alteraciones irregulares en el tiempo.

Impacto periódico. Se manifiesta con un modo de acción cíclica o recurrente en el tiempo

La escala de calificación de los impactos se presenta en la tabla 6.1.

Una vez asignadas las calificaciones a los impactos ambientales, se calcula la importancia de cada uno utilizando la fórmula indicada por Conesa, la cual articula todos los impactos:

$$\text{Importancia} = \text{Signo} * (3 * 1 + 2 * \text{EX} + \text{MO} + \text{PE} + \text{RV} + \text{SI} + \text{AC} + \text{EF} + \text{PR} + \text{MC})$$

Establecida esta importancia se determina la relevancia de cada impacto con base en la tabla 6.2.

d. En la tercera matriz se resumen la valoración del impacto tomando en cuenta que se consideran los impactos que han sido valorados con relevancia moderada, severa o crítica, descartando los impactos cuya valoración indican que son irrelevantes.

La identificación de los impactos ambientales potenciales que pudiera producir cada una de las alternativas para la construcción de la vía transversal de Barú y su evaluación se presenta en las matrices de las tablas 6.3 a la 6.6 en las cuales se encuentran:

Tabla 6.3. Matriz de identificación de efectos e impactos ambientales

Tabla 6.4: Matriz de de valoración de impactos ambientales

Tabla 6.5: Matriz resumen de identificación de impactos⁴³⁸

Vencido el término probatorio, fue recibido en la Secretaría General de esta Corporación oficio suscrito por el ciudadano Ciro Castillo Cabarcas, Director del Departamento Administrativo de Valorización del Distrito de Cartagena de Indias. Este informe a su vez fue remitido al despacho del Magistrado Sustanciador el día 4 de junio de 2010. De acuerdo con su contenido, el informe consiste en un “resumen relacionado con el beneficio que el proyecto de Construcción y Mejoramiento de la Vía Transversal Isla Barú puede tener sobre la comunidad.”⁴³⁹ En términos generales, el documento de mayor trascendencia dentro de este último informe, que contiene referencias relativas a las señaladas en los informes antecedentes, es la Resolución 1046 de 2008 emitida por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE-, por medio de la cual se resolvió “otorgar licencia ambiental al proyecto ‘CONSTRUCCIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA VÍA TRANSVERSAL BARÚ’ a favor del Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena”⁴⁴⁰

⁴³⁸ Folios 5 a 8, cuaderno 6.

⁴³⁹ Folio 1, cuaderno 3 de pruebas.

⁴⁴⁰ Folios 28 a 52, cuaderno 3 de pruebas.

En un aparte de este informe se descartó la necesidad de la consulta a las comunidades afrocolombianas asentadas en la zona de impacto del proyecto, con base en ciertos argumentos que, por su importancia, serán transcritos en extenso:

“Que conforme a la regulación contenida en el decreto 1320 de 1998, el proceso de consulta previa a comunidades negras se hará conforme a los lineamientos y requisitos previamente establecidos en la constitución y en la ley, por lo que se requiere la conjugación de todos y cada uno de los ingredientes determinados en ellas, que son los siguientes:

- a. Identidad cultural*
- b. Ocupación de tierras baldías en las zonas rurales ribereñas*
- c. Prácticas tradicionales de producción, y*
- d. Derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley, lo que hace que estas tierras sean adjudicables.*

Que mediante oficio número 000569 de fecha 16 de octubre de 2008 la Directora Territorial de Bolívar del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, MARIA LUISA BROCHET BAYONA, certificó que actualmente en sus archivos no aparecen registrados territorios colectivos legalmente constituidos ó en trámite de adjudicación [sic] los Consejos comunitarios de la comunidad negra de la unidad comunera de gobierno rural de Barú de la localidad histórica del Caribe Norte, consejo comunitario de comunidades negras de la unidad comunera de gobierno rural de Ararca y consejo comunitario del corregimiento de Pasacaballos.

*Que al no concurrir los lineamiento contemplados en los artículos 1, 2 y 3 del decreto 1320 de 1998 no era procedente convocar a Consulta Previa conforme a la norma en cita.*⁴⁴¹

II. CONSIDERACIONES.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para pronunciarse sobre las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 inciso 2º y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

Planteamiento y formulación del problema jurídico.

Los accionantes, el representante legal de la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos y el del Comité de Veeduría Ciudadana de Pasacaballos ‘Ojo Pelao’, arguyen el desconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades negras asentadas en el corregimiento de Pasacaballos y la falta, en esta medida, a los mandatos contenidos en la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de 1998, la Ley 99 de 1993 y el Convenio 169 de la OIT.

La obra respecto de la cual se exige la consulta es la *“construcción y mejoramiento de la vía transversal Barú”*, objeto del contrato de concesión vial N° VAL-02-06 suscrito en diciembre de 2006 entre quien para la fecha fuera el Alcalde Mayor del Distrito de Cartagena de Indias y el Consorcio Vial Isla Barú. La materialización del proyecto comprende, esencialmente, la ejecución de actividades como el estudio y diseño de la vía, la construcción de la carretera principal -de una extensión aproximada de 31 kilómetros- y de las entradas a los puertos de los poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú.

⁴⁴¹ Folio 45 del cuaderno 3 de pruebas.

Entre otras, se asignaron a cargo del concedente las obligaciones de obtener la licencia ambiental, lograr la aprobación del plan de manejo ambiental y, en caso de necesitarse, apoyar al concesionario en la realización de las modificaciones que pudiera requerirse para obtener la referida licencia.

Al mismo tiempo, los actores hablan de una supuesta afectación de los derechos a la vida y al medio ambiente en cabeza de la población de la zona, toda vez que *“a raíz de la construcción de la Vía a Barú, [en] el Barrio Jorge Eliécer Gaitán, ubicado en el perímetro urbano de Pasacaballos, los cuatrocientos [sic] familias entre adultos y niños están en alto riesgo de inundarse en razón a que cuándo llegan las lluvias se le meten a las casas; por que [sic] la carretera queda alta y [el] barrio queda abajo (...).”*⁴⁴²

De acuerdo con ese panorama fáctico, la temática relevante desde el punto de vista constitucional está dada por la determinación de la obligatoriedad de la consulta a las comunidades afrocolombianas localizadas en los corregimientos de Pasacaballos y Barú, dada la iniciación y puesta en marcha del proyecto para la construcción y mejoramiento de la transversal Barú. Con ese propósito, se hablará del derecho a la consulta previa reconocido en cabeza de las comunidades indígenas y tribales, no sin antes abordar la temática de la legitimación para interponer la tutela, como cuestión preliminar. Así las cosas, los puntos son: i) la legitimación para la interposición de la tutela en materia de derechos reconocidos a los grupos étnicos minoritarios, ii) el derecho a la consulta previa reconocido a las comunidades étnicamente minoritarias y iii) el caso concreto.

Cuestión previa: legitimación para la interposición de la tutela en materia de derechos reconocidos a los grupos étnicos minoritarios.

El artículo 86 de la Constitución Política perfila a la acción de tutela como un mecanismo cuyo ejercicio es autorizado a toda persona para que, *“por sí misma o por quien actúe a su nombre”*⁴⁴³, se obtenga la protección urgente de los derechos fundamentales que se estimen violados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública e incluso, en ciertas eventualidades, la de un particular.

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, consiente su interposición por *“cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”*⁴⁴⁴. La misma norma prescribe que *“los poderes se presumirán auténticos”*, lo que afianza la posibilidad de impetrar la tutela mediante apoderado judicial. En el inciso segundo de la misma se preceptúa que es posible *“agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”*. Para culminar, la norma prevé la alternativa de que sean el Defensor del Pueblo o los personeros municipales quienes eleven el amparo a nombre de otra persona.

Al tenor de estas formulaciones, *“todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano”*⁴⁴⁵, cuenta con legitimación para incoar la tutela. Por ende, como ha sido aceptado, *“riñe, entonces, con la naturaleza y los propósitos que la inspiran y también con la letra y el espíritu de la Carta, toda exigencia que pretenda limitar o dificultar su uso, su trámite o su*

⁴⁴² Folios 1 a 3, cuaderno 2.

⁴⁴³ Artículo 86 de la Constitución Política.

⁴⁴⁴ Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

⁴⁴⁵ Sentencia T-459 de 1992

*decisión por fuera de las muy simples condiciones determinadas en las normas pertinentes.*⁴⁴⁶ Con base en la referida normatividad y los atributos propios de esta acción constitucional, esta Corporación ha desarrollado una reiterada jurisprudencia sobre los presupuestos para impetrar una tutela con la intención de garantizar derechos fundamentales ajenos.

Esta posibilidad, en principio, se circunscribe a la voluntad del titular de los derechos afectados o amenazados; pues, en armonía con la Constitución, a quién corresponde decidir si activa los mecanismos judiciales en pro de sus derechos fundamentales es al titular de los mismos.

En cuanto al tema que nos incumbe, esta Corte ha sido enfática en que el carácter fundamental del derecho a la consulta previa de los grupos étnicamente minoritarios faculta al juez de tutela para estudiar la viabilidad de su amparo; máxime cuando su particular satisfacción y la de fines como la subsistencia de estos pueblos requiere el empleo de medidas de celeridad suficiente para asegurar el menor detrimento posible a los bienes jurídicos cuya custodia se procura. Se ha especificado también que la garantía de los derechos en cabeza de una colectividad no requiere individualización, justamente porque éstos son reconocidos en función del grupo dado que *pertenecen* a la colectividad como tal. De esta forma, se admite tanto la fundamentabilidad del derecho como su protección en esta sede.

En sentencia SU-383 de 2003, fallo mediante el cual se revisó el caso iniciado mediante demanda interpuesta por la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana contra la Presidencia de la República y otros, por la aspersión aérea de herbicidas en su región de asentamiento, se habló de la **'alteridad'** de los derechos de la colectividad. En suma se dijo:

“La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (C.P. Art. 1 y 7)

*7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, **personería sustantiva** a las diferentes comunidades indígenas que es lo único*

⁴⁴⁶ Ibidem.

que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).⁴⁴⁷ (Negritas y subrayas por fuera del texto original)

Así pues, en un primer momento, todos los miembros de la colectividad están autorizados para demandar la observancia de los intereses que detenta en la comunidad como sujeto de derechos. Aparte de los integrantes de la población, las organizaciones que los agrupan tienen la potestad de acudir a la acción de tutela para exigir la salvaguarda de aquellos derechos de entidad *iusfundamental*. Las razones esgrimidas por esta Corporación para sustentar esa permisión se reducen a que: i) las particulares circunstancias a las que históricamente han sido sometidos estos grupos poblacionales reclaman la flexibilización de las condiciones para el acceso a sus derechos; ii) las autoridades están constitucionalmente obligadas a propender por la conservación de las poblaciones indígenas y tribales; y iii) no es aceptable que el juez constitucional dificulte la concreción del derecho a la consulta y los demás conexos, so pretexto de ciertas exigencias procedimentales.⁴⁴⁸

Cabe recordar, entre otros, casos como los resueltos mediante sentencias T-380 y T-428 de 1993 y la sentencia T-652 de 1998, en que las Organizaciones Indígena de Antioquia y Nacional Indígena impetraron el amparo en nombre de los pueblos Emberá-Catío del río Chajeradó, de Cristianía y del Alto Zinu, respectivamente, situación que gozó de aprobación por parte de esta Corporación que les reconoció legitimación activa frente a los casos concretos. Puntualmente, en esta primera providencia se manifestó: *“en lo atinente a la representación de la comunidad indígena a través del agenciamiento oficioso por parte de otras organizaciones creadas para la defensa de los derechos indígenas, esta Corporación confirma el criterio sustantivo sostenido por los jueces de instancia, en el sentido de que las condiciones de aislamiento geográfico, postración económica y diversidad cultural, justifican el ejercicio de la acción de tutela por parte de la Organización Indígena de Antioquia en nombre de la comunidad indígena Embera-Katio del río Chagueradó.”*⁴⁴⁹ Sólo bajo supuestos antedichos resulta admisible la interposición de una tutela a favor de otro sujeto de derechos, así sea una colectividad.

El derecho a la consulta previa de las comunidades étnicamente minoritarias. Procedencia de la acción de tutela para su salvaguarda. Reiteración jurisprudencial.

i) Sustento constitucional

La consulta previa para las comunidades indígenas y tribales⁴⁵⁰ como proceso, deber a cargo del Estado y derecho a favor de estos grupos, encuentra sustento primario en el modelo constitucional acogido por el Estado colombiano. El carácter democrático, participativo y pluralista que le define (Artículo 1º de la CP), a más del reconocimiento de la supremacía de valores como la diversidad étnica y cultural de la nación (Artículo 7º de la CP), claman del Estado el favorecimiento de condiciones que propicien la participación de los grupos minoritarios desde el punto de vista étnico. Precisamente, la esencia de este modelo estatal se proyecta en los fines y obligaciones asignados al Estado que, entre otras aristas, se debe orientar a *“la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”*(Artículo 2º

⁴⁴⁷ Sentencia SU-383 de 2003

⁴⁴⁸ Op. Cit.

⁴⁴⁹ T-652 de 1998.

⁴⁵⁰ El Convenio 169 de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991, describe a los pueblos tribales como aquéllos *“cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.”*

de la CP); resguardar las *riquezas culturales y naturales de la Nación*; impulsar las condiciones que permitan la igualdad real y efectiva entre los asociados y *acoger medidas en favor de grupos discriminados o marginados* (Artículo 13 de la CP).

La Carta proclama una serie de mandatos expresamente declarados en beneficio de los grupos étnicos, ejemplo de los cuales tenemos: i) las relaciones exteriores sostenidas por el Estado deben guiarse por principios como el respeto a la autodeterminación de los pueblos (Artículo 9º de la CP); ii) es reconocida la oficialidad de las lenguas y dialectos empleados por estas comunidades en sus territorios (Artículo 10º de la CP); iii) desde el punto de vista educativo se pregonan la etnoformación (Artículo 68 de la CP); iv) se obliga al Estado a *promover y fomentar el acceso a la cultura* en todos los niveles de construcción de la identidad nacional (Artículo 70 de la CP); v) se autoriza a las instituciones representativas de los pueblos indígenas para hacer ejercicio de la potestad jurisdiccional en su contexto siempre que con ello no se contrarie *la Constitución y leyes de la República* (Artículo 246 de la CP). Tales formulaciones deónticas pueden ser traducidas en derechos que legitimen a sus titulares para demandar su satisfacción de cara al Estado o los particulares, incluso.⁴⁵¹

Del mismo modo, el principio de participación democrática se erige en soporte del derecho a la consulta, debido a que éste propugna por la intervención de todos los asociados *en la conformación, ejercicio y control del poder político* (Artículo 40 de la CP). En este sentido, se permite a las comunidades el ejercicio pleno del poder público, lo cual se refleja en la posibilidad de que los Consejos indígenas gobiernen sus territorios con base en sus usos y costumbres, tanto como la intervención de las autoridades tradicionales en el marco de los proyectos edificados, el aprovechamiento de recursos situados en su entorno o para la formación de entidades territoriales indígenas. Verbigracia, el parágrafo del artículo 330 de la Constitución Política reza:

*“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”*⁴⁵²

De otro lado, el inciso 1º del artículo 329 de la Carta dispone:

*“La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.”*⁴⁵³

Tales enunciaciones confluyen en la reafirmación de la consulta previa como expresión de un modelo de Estado participativo, democrático y pluralista dirigido a la garantía de la diversidad étnica y cultural de la Nación al igual que a la integridad étnica, económica, social y cultural de estos grupos minoritarios. Esta lectura se enriquece con las normas y directrices emanadas de

⁴⁵¹ De acuerdo con un sector de la teoría del derecho, el carácter deóntico se predica de las expresiones que contienen formulaciones de ‘deber ser’ y pueden ser manifestadas mediante las formas del mandato, la permisión o la prohibición. Esta calificación es atribuible a las normas como reglas jurídicas, e incluso como principios jurídicos. Ver Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1993; Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Sobre principios y reglas. Doxa 10-04

⁴⁵² Artículo 330 de la Constitución Política.

⁴⁵³ Artículo 329 de la Constitución Política.

múltiples instrumentos internacionales que integran la Carta Política vía bloque de constitucionalidad.⁴⁵⁴

Por ejemplo, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de la Naciones Unidas el día 6 de diciembre de 1966 manda:

“En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”⁴⁵⁵

Por su parte, la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución N° 47/135 del 18 de diciembre de 1992, inspirada en el contenido del artículo 27 del precitado Pacto y advertida la importancia de la promoción y protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías para el logro de la estabilidad política y social de los Estados, les exhorta a estimular la existencia e identidad *“nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentar[án] las condiciones para la promoción de esa identidad”* (Numeral 1° del artículo 1° de la Declaración). Anuncia, además, que *“las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas o lingüísticas (en los sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma (...).”* Continúa la norma, *“las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional.”⁴⁵⁶*

De esta forma, la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas propugna por la preservación de los grupos minoritarios al tiempo que defiende su participación, en el ambiente que le es propio, respecto de las decisiones que les atañen.

Desde otra perspectiva, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, firmado en Río de Janeiro el día 5 de junio de 1992 y aprobado en Colombia mediante Ley 165 de 1994 prescribe en su artículo 14, en relación con *la evaluación del impacto y reducción al mínimo del impacto adverso*, que:

“Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

⁴⁵⁴ La noción de bloque de constitucionalidad implica una remisión a normas que, sin constar en la Carta, por imposición suya, detentan rango superior. Usualmente esas normas corresponden a instrumentos internacionales de derechos humanos, como bien admite el texto constitucional en los artículos 93 y 214. Esta primera formulación contiene sendas cláusulas de reenvío, una jerárquica y una interpretativa. Su asimilación ha resultado compleja, en la medida en que los alcances de uno u otro inciso pueden ser contradictorios, sin embargo, la jurisprudencia constitucional⁴⁵⁴ ha precisado que el sentido idóneo de la norma convoca a la adopción de la generalidad de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, constitutivos del bloque de constitucionalidad, como estándares con estatus constitucional y de necesaria incorporación a la normatividad interna.

⁴⁵⁵ Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴⁵⁶ Artículo 1° del Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas.

(...) c) promoverá, con carácter recíproco, la notificación, el intercambio de información y las **consultas** acerca de las actividades bajo su jurisdicción o control que previsiblemente tendrían efectos adversos importantes para la diversidad biológica de otros Estados o de **zonas no sujetas a jurisdicción nacional**, alertando la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales, según proceda (...)⁴⁵⁷ (Negrillas por fuera del texto original)

Por último, se hace citar ineludible el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos⁴⁵⁸ indígenas y tribales en países independientes, instrumento adoptado en la 76ª reunión de Conferencia General de la OIT –Ginebra, 1989- y aprobado internamente a través de la Ley 21 de 1991. Ya esta Corporación ha admitido que es éste “el instrumento internacional vinculante de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales más importante, i) porque “los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja ni tienen intereses propios sino un interés común”, ii) en razón de que “cada una de sus disposiciones sustantivas genera obligaciones cuyo cumplimiento debe certificarse mediante memorias periódicas que los gobiernos envían a la OIT y que son objeto de examen por órganos de supervisión independientes o tripartitos”, y iii) a causa de que junto con 32 tratados más, también de la Organización Internacional del Trabajo, hace parte de los Convenios internacionales contra las discriminaciones.”⁴⁵⁹

Desde antaño, la jurisprudencia de esta Corporación ha respaldado la integración de este Convenio al bloque de constitucionalidad y la correlativa sujeción, por parte del Estado, a las obligaciones pactadas en el mismo. Este convenio, tal como ha sido acogido por la jurisprudencia constitucional, es el producto de una visión renovada que persigue la conservación cultural, identitaria y socio-económica de las poblaciones étnicamente minoritarias al tiempo que promueve su aceptación como comunidades diferenciadas, en oposición al enfoque integracionista adoptado en instrumentos como el Convenio 107 suscrito por la OIT en 1957.⁴⁶⁰

⁴⁵⁷ Artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

⁴⁵⁸ Es necesario advertir que la palabra ‘pueblos’, en este contexto, no tiene la significación que se le asigna en el marco del derecho internacional. De hecho, al respecto se expone en la *Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT* que “durante tres años, la OIT trabajó para la adopción del Convenio, decidiendo si cambiaba el uso del término ‘poblaciones’ utilizado en el Convenio núm. 107 por el de ‘pueblos’ en el nuevo Convenio. La decisión de utilizar el término ‘pueblos’ en lugar de ‘poblaciones’ fue el resultado de largas discusiones y consultas dentro y fuera de las reuniones. Se acordó finalmente que el único término correcto era el de ‘pueblos’, ya que éste reconoce la existencia de sociedades organizadas con identidad propia, en lugar de simples agrupaciones de individuos que comparten algunas características raciales o culturales. Tras extensas discusiones, también se decidió que : ‘la utilización del término ‘pueblos’ en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacionales”

⁴⁵⁹ Sentencia SU-383 de 2003.

⁴⁶⁰ Sobre este punto, en la referida guía se destacó lo siguiente:

“Con el paso de los años y la evolución de la opinión pública, algunos puntos débiles del Convenio núm. 107 empezaron a llamar la atención. Entre los aspectos más discutibles figuraba el supuesto de que la integración a la sociedad nacional mayoritaria era el único futuro posible para los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, que todas las decisiones relacionadas con el desarrollo correspondían sólo al Estado y no a los propios pueblos que podían ser afectados por ellas. Con la creciente toma de conciencia por parte de los pueblos indígenas y tribales durante las décadas de los años sesenta y setenta y con la participación creciente de las organizaciones indígenas en el plano internacional, estos supuestos empezaron a ser cuestionados. Surgió entonces la necesidad de poner al día el Convenio núm. 107.”

Constatada la inconveniencia de aquella perspectiva asimilacionista, el Consejo de Administración de la OIT introdujo el punto en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo a celebrarse entre 1988 y 1989. En este marco, se efectuaron varias modificaciones al contenido del Convenio 107 atinentes, cardinalmente, a la integración de un *principio fundamental* concentrado en la defensa del carácter *permanente y perdurable* de la cosmovisión de los pueblos indígenas y tribales en tanto organizaciones tradicionales con autodeterminación e identidad propias. Este último aspecto se proyecta en la estructuración de la consulta como derecho que, en cabeza de estas agrupaciones, demanda del Estado la concreción de su vínculo en el desarrollo de proyectos o programas susceptibles de generarles una afectación directa.⁴⁶¹

Estrictamente, se explica: “*el nuevo Convenio promueve el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Asume que éstos seguirán existiendo como parte de las sociedades nacionales, manteniendo su propia identidad, sus propias estructuras y sus tradiciones. Asimismo se funda en el principio de que estas estructuras y formas de vida tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado.*”⁴⁶²

Seguidamente se concreta: “*este instrumento también asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en el que habitan*”⁴⁶³

En cuanto a su contenido, es destacable que el Convenio 169 parte de la delimitación de su campo subjetivo de aplicación para sentar un concepto, de forma subsiguiente, de los términos *pueblos tribales* y *pueblos indígenas*. Este último término hace referencia a las poblaciones provenientes de grupos que habitaron el país o una zona geográfica de su pertenencia, antes de la conquista o la colonización que diera paso a la formación del Estado moderno. Para adquirir esa connotación se debe acreditar también que el grupo en cuestión conserva cierto grado de independencia frente a la sociedad dominante, aspecto que encuentra eco en el mantenimiento de las estructuras, cosmovisión y tradiciones propias de aquellas comunidades que perpetúan.

No obstante, dado que esta categoría resulta válida para las poblaciones asentadas en la mayor parte del continente americano, pero no para las ubicadas en otras regiones del mundo –por ejemplo, respecto de algunas tribus africanas y asiáticas no hay evidencia cierta sobre su existencia previa a la consolidación de las sociedades modernas–, se optó por incluir el término *pueblos tribales* a fin de describir, más que un sentido de ligazón hereditaria, una *situación social*. Ésta noción tiene que ver con las poblaciones “*cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.*”⁴⁶⁴

De gran significancia es la noción propuesta en el numeral 2º del precitado artículo que habla de la *conciencia de identidad* como factor esencial para la distinción de un grupo indígena o tribal. Para el efecto, el Convenio da vía libre para que cada Estado, en aquiescencia con las comunidades interesadas, especifique de manera autónoma los elementos subjetivos y objetivos para esa calificación.

⁴⁶¹ *Ibidem*, página 7.

⁴⁶² Op. Cit., *Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT*, página 8.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ Literal a) del Artículo 1º del Convenio 169 de la OIT.

Las disposiciones sucesivas desarrollan los principios que inspiraron el Convenio, en el sentido de instar a los países 'contratantes' a la planificación, promulgación y ejecución de medidas que reafirmen la potestad de autodeterminación de estos grupos minoritarios, así como el fortalecimiento del deber que los Estados tienen en lo tocante a la integración de estos pueblos en procesos destinados al establecimiento de medidas que puedan turbarles. De hecho, la obligación de consultar a las comunidades surge, en un nivel general, del mandato de la mayoría de las disposiciones del Convenio pues, en línea amplia, el instrumento demanda la consulta de los grupos étnicos en todas las escalas de formulación, implementación y valuación de las medidas legislativas y administrativas con la potencialidad de provocarles perjuicios. Como manifestaciones de este deber, que en el contexto del Convenio recae exclusivamente en los Estados, se encuentran artículos como el 15 numeral 2º, que condiciona la prosperidad de las actividades para la prospección o explotación de los recursos del suelo a la consulta de los pueblos interesados; el artículo 16, que fija el requisito de la consulta como supuesto para la reubicación de los pueblos caso en el cual, además, se reclama su consentimiento libre y con cabal conocimiento de causa; el artículo 17, que ordena la satisfacción de ese presupuesto ante la enajenación de las tierras de los pueblos o la transmisión de sus derechos sobre las mismas a personas extrañas a la comunidad de la que hacen parte; y dada la imposibilidad de enseñar a los niños de los pueblos interesados a leer y escribir en su propia lengua u otra que comúnmente empleen, como manda el artículo 28.

Empero, el asunto es regulado de manera más puntual y exhaustiva en el artículo 6º del referido Convenio que dispone la obligatoriedad de la consulta como presupuesto para el adelantamiento de *cualquier* medida de índole legislativo o administrativo *virtualmente nociva para la comunidad*, en ejercicio de un mecanismo adecuado, dirigido al contacto con la población por intermedio de sus figuras representativas, en un ambiente de confianza y buena fe, con ánimo conciliador y en atención a las circunstancias particulares que vive la comunidad. En extenso, la norma reza:

“Artículo 6.

1. *Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

a) **consultar a los pueblos interesados**, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;**

b) *establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*

c) *establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*

2. *Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio **deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.***⁴⁶⁵ (Negrillas por fuera del texto original)

⁴⁶⁵ Artículo 6º del Convenio 169 de la OIT.

Es pertinente evidenciar la trascendencia del término 'afectación directa', pues es éste el criterio que determina la necesidad de la consulta. Dicho concepto no es concretado de manera manifiesta en el texto del Convenio pero, para el efecto se debe acudir al artículo 7º del mismo, que reconoce la magnitud de la posibilidad de que las comunidades establezcan sus prioridades en cuanto al modelo de desarrollo económico, social y cultural que les interesa. Por tal motivo, un plan o programa envuelto en la idea occidental de desarrollo podría contrariar la perspectiva de vida de una comunidad no dominante. Cabe recordar aquí que, sin embargo, el Convenio introdujo ciertas hipótesis ante las cuales se hace ineludible la consulta, entre otras, la explotación y exploración de minerales u otros recursos naturales encontrados en sus tierras del mismo modo que el traslado de las comunidades de su lugar de asentamiento a uno extraño. Así pues, la idea de afectación directa se relaciona con la intromisión intolerable en las dinámicas económicas, sociales y culturales abrazadas por las comunidades como propias.

Los siguientes son los requerimientos para la ejecución apropiada de la consulta:

- i) El origen de la consulta es la verificación o la virtualidad de que ciertas medidas de naturaleza legislativa o administrativa afecten directamente a grupos étnicamente minoritarios.
- ii) El espacio deliberativo que crea la consulta debe asegurar la intervención de figuras representativas de la comunidad, o sea, sujetos que reúnan los requisitos de representatividad, es decir, que estén habilitados para hablar y asumir decisiones en nombre de todo el conglomerado social. A este respecto, la OIT ha detallado que lo esencial es que la consulta sea el *fruto de un proceso propio, interno de los pueblos indígenas*.⁴⁶⁶
- iii) La consulta debe buscar la construcción y fortalecimiento de instituciones e iniciativas propias de las comunidades.
- iv) Se debe efectuar de buena fe, con base en un modelo ajustado a las circunstancias de la población, en un ambiente de confianza mutua generado por el conocimiento y la comprensión cabal del alcance real provocado por los efectos de las medidas valoradas.
- v) Se deben efectuar a través de los procedimientos adecuados. En palabras de la OIT, esto supone que el mecanismo empleado "*genere las condiciones propicias para poder llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas independientemente del resultado alcanzado.*" (Negrillas por fuera del texto original)

Sobre este punto, la Comisión de Expertos de este organismo, mediante Observación General de 2008 profundizó: "*la forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión –con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas- de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que las consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes*"⁴⁶⁷. Es decir, que la admisibilidad de las condiciones que rodean la consulta depende, en últimas, de la aptitud que éstas tengan para provocar un ambiente discursivo entre las partes.

⁴⁶⁶ Consejo de Administración, 282ª reunión, noviembre de 2001. Reclamación presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, Ecuador, GB. 282/14/2, párrafo 44.

⁴⁶⁷ Observación General del Convenio 169.

- vi) Su fin último es lograr un acuerdo o consentimiento, lo cual supone su ejercicio ajustado a los elementos que recién enunciados –Artículo 6º numeral 2º del Convenio–.

Esta enunciación es complementada por la OIT con un sexto relativo a *la evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta* con la participación de los pueblos involucrados. Más allá de considerarse una condición necesaria para el apropiado trámite consultivo, éste es visto como una práctica posterior a la consulta en sí. Ello justifica su exclusión de la enumeración antedicha.⁴⁶⁸

Para clausurar este punto, se hará notar que el instrumento estudiado también ordena a los Estados Parte la previsión de *“sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos.”*⁴⁶⁹

En lo que respecta a la jurisprudencia de esta alta Corporación, se ha sentado una prolífica y uniforme línea en la materia. Desde las primeras sentencias referidas al tema se reconoció en la consulta una entidad fundamental, naturaleza deducida del vínculo existente entre la práctica efectiva de este procedimiento y la guarda de los derechos a la participación y a la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos potencialmente afectados por una medida dispuesta, bien por el órgano ejecutivo o por el legislativo

Particularmente, en una de las sentencias hito en la materia, la SU-039 de 1997, se sostuvo que *“el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados previamente se erige como una de las formas de participación democrática previstas en la Carta con destino al aseguramiento de su derecho al territorio y su integridad étnica.”*⁴⁷⁰ Justamente, aquél nexo delineable entre el mecanismo de la consulta y los referidos derechos le concedía, de acuerdo con este precedente, un sentido *iusfundamental* a ese procedimiento.⁴⁷¹ De esta forma, la consulta fue vista como un nivel particular del derecho a la participación.

Paulatinamente, el alcance de este derecho ha sido ampliado en concordancia con la idea de *afectación directa*, que se ha perfilado como criterio esencial para la obligatoriedad de la consulta. Tal detrimento debe predicarse de la integridad e intereses de la comunidad en su condición del tal, esto es, como grupo minoritario. Esta precisión aparece como respuesta, no solo al carácter *directo* que se exige de la afectación, sino también de las condiciones para la *aplicación de las disposiciones del Convenio*, que propone pautas para la instauración de medidas que incidan sobre las comunidades indígenas y tribales como tales.⁴⁷²

Este último condicionamiento ha sido interpretado de manera estricta por reciente jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que el ejercicio de la consulta no puede asumirse como una expresión de todos los niveles de participación de los que trata este Instrumento. En este orden de ideas, *“si bien uno de los aspectos centrales del convenio tiene que ver con la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales ante todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no puede perderse de vista que el propio convenio contempla*

⁴⁶⁸ Departamento de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT. *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la práctica: una guía sobre el Convenio N° 169 de la OIT. Programa para promover el Convenio N° 169 de la OIT (PRO 169)*.

En www.ilo.org. Página visitada el día 19 de Abril de 2010.

⁴⁶⁹ Artículo 18 del Convenio.

⁴⁷⁰ Sentencia SU-039 de 1997.

⁴⁷¹ En este sentido ver también las sentencias T-652 de 1998, C-169 de 2001, C-891 de 2002, C-620 de 2003 y C-208 de 2007.

⁴⁷² Sentencia C-030 de 2008.

*distintas modalidades de participación y ha dejado un margen amplio para que sean los propios Estados los que definan la manera de hacerlas efectivas. Así, aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, **el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio es más restringido y se circunscribe a las medidas que se adopten para la aplicación de las disposiciones del mismo, esto es, medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.***⁴⁷³ (Negrillas por fuera del texto original)

Por ende, las políticas de orden general que vislumbren efectos uniformes sobre los ciudadanos involucrados no son, *prima facie*, susceptibles de consulta, salvo tratándose de algunas específicamente incluidas en el texto del Convenio como sujetas al deber de consulta. No obstante, esa valoración debe partir de una visión de la consulta como mecanismo destinado a la ponderación de los derechos de los grupos indígenas y tribales frente a *‘intereses colectivos de mayor amplitud’*⁴⁷⁴. La consulta debe ser pensada como un procedimiento previsto para el equilibrio de la visión característica de una comunidad minoritaria desde el punto de vista étnico en contraste con la que la comunidad dominante tiene como suya. Sobre este punto, se ha insistido en que *“solo resultarán admisibles las políticas que prevean limitaciones constitucionalmente legítimas”*⁴⁷⁵.

En concreto, en la sentencia C-461 de 2008 se hizo una recolección de los supuestos que permiten la limitación excepcional de este y otros derechos relativos, a saber: *“a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.”*|| *Los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos: “i) la posición y las propuestas que éstos ostentan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud-, iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano”*⁴⁷⁶. Bajo estas condiciones únicamente es admisible la restricción de estos derechos en preeminencia de las políticas que interesan a la población dominante.

Ahora, la inaplicabilidad de la consulta no invisibiliza a la población en términos participativos pues, justamente al tenor del Convenio, los Estados están obligados a proveer varios espacios de participación y deliberación democrática que permitan a estos grupos poblacionales tener una incidencia equivalente a la de otros grupos sociales en todos los niveles de decisión pública.

En lo que atañe a la sustancia de la consulta, la jurisprudencia de este Alto Tribunal ha propugnado por que estos procesos, en consonancia con el artículo 13 del Convenio 169, se materialicen en consideración al significado que para estos pueblos tienen los bienes y elementos envueltos en el proyecto que se pretende ceñir al resultado de este espacio deliberativo. Se ha indicado que *“en otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica*

⁴⁷³ Sentencia C-030 de 2008.

⁴⁷⁴ SU-383 de 2003.

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

⁴⁷⁶ Sentencia C-461 de 2008.

*que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas.*⁴⁷⁷

La jurisprudencia constitucional también se ha dedicado a concretar los requerimientos para la aplicación de la consulta como proceso que asegure la satisfacción de este derecho con base en los lineamientos trazado en el Convenio que, de manera expresa, insta a los Estados a precisar, en un esfuerzo mancomunado con los pueblos interesados, las pautas para la ejecución de la consulta en armonía con el sentido de flexibilidad que se proclama y el principio de buena fe consagrado como rector de este trámite.

En especial, mediante sentencia SU-039 de 1997 se anotaron como fines cardinales del proceso y orientadores de su estructura los siguientes: *“a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.*⁴⁷⁸

Esta Corporación también se ha pronunciado sobre las exigencias atribuibles a las actividades preparatorias que constituyen el denominado trámite preconsultivo, etapa que necesariamente debe anteceder a la consulta con el propósito de que entre los organismos representativos de las comunidades interesadas y las autoridades encargadas definan previamente, de común acuerdo y con asidero en sus tradiciones, las pautas para la celebración de la consulta.⁴⁷⁹ De esta forma se asegura que, efectivamente, todos los elementos y etapas que comprenden la consulta se nutran del principio de democracia participativa y diversidad étnica, toda vez que incluso los criterios para su ejecución gozarán del aporte y contribución de los pueblos afectados.

Para finiquitar este aparte se hace ineludible la referencia a las consecuencias que, al tenor de la jurisprudencia constitucional, depararía la discordancia entre las posiciones defendidas por la población involucrada y las autoridades encargadas del proyecto en lo que tiene que ver con su consumación. Es decir, en el evento en que no se alcance el fin, que es el consenso, el Estado tiene la potestad de establecer, de manera concluyente, los términos de la medida, siempre que su determinación i) esté desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; por el contrario, ii) esté basada en criterios de *“razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación*⁴⁸⁰; y iii) prevea mecanismos ajustados

⁴⁷⁷ Op. Cit. Sentencia C-030 de 2008

⁴⁷⁸ Op. Cit., sentencia SU-039 de 1997.

⁴⁷⁹ Sentencia T-737/05.

⁴⁸⁰ Op. Cit., SU-383 de 2003.

para la atenuación de los efectos desfavorables que seguramente traiga consigo o pueda producir la medida a ser adoptada en la comunidad, sus miembros y su lugar de asentamiento.⁴⁸¹

Sustento legal

La regulación sobre consulta previa se encuentra dispersa en el ordenamiento jurídico colombiano. Una de las normas icono en la materia es la Ley 70 de 1993, expedida en desarrollo del artículo 55 transitorio de la Constitución Política.

De acuerdo con el artículo 1° de la referida ley, su objeto esencial es *“reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva”*, finalidad que concatena con el propósito expreso de *“establecer mecanismos para la protección de la identidad cultural y de los derechos de las comunidades negras de Colombia como grupo étnico, y el fomento de su desarrollo económico y social”*⁴⁸². En últimas, con arreglo a la norma, el fundamento de estos fines es la igualdad material de las *comunidades negras* frente al resto de la sociedad.

Precisamente, los principios que fundan dicha ley son textualmente:

“1. El reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana.

2. El respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras.

3. La participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley.

*4. La protección del medio ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza.”*⁴⁸³

Sobre esta base, la ley dispone el deber de consultar a las comunidades negras frente a ciertos eventos particulares que son:

a) Ante la expedición el plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales que hagan parte de zonas en las cuales se encuentren familias o personas pertenecientes a comunidades negras que se hubieran establecido en ellas antes de la declaratoria de área-parque; lo que tiene como objeto considerar las prácticas tradicionales compatibles con la naturaleza, objetivos y funciones del área de que se trate. (artículo 22)

b) Frente a la elaboración de medidas para promover y garantizar el acceso de las comunidades negras en programas de formación técnica, tecnológica y profesional de aplicación general. (Artículo 38)

⁴⁸¹ Sentencia C-175 de 2009

⁴⁸² Artículo 1° de la Ley 70 de 1993.

⁴⁸³ Ley 70 de 1993.

c) Para la conformación de la unidad de gestión de proyectos dirigida al apoyo de las comunidades negras que se constituyan dentro de los fondos estatales de inversión social creados con el propósito de generar y favorecer procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos. (artículo 58)

De otra parte, el artículo 76 de la Ley 99 de 1993 -“*por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones*”-, exige de manera explícita la consulta a los representantes de las comunidades como condición previa al avance de actividades para la explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, ejercicio que debe efectuarse *sin desmedro de la integridad cultural, social y económica* de las mismas.

Así mismo, la Ley 685 de 2001 - “*por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”- propende por la integridad cultural de los grupos étnicos minoritarios, lo cual requiere que las actividades de explotación y exploración minera en asentamientos de ‘*grupos indígenas*’ sean precedidas por dinámicas que permitan su participación. (Capítulo XIV)

Finalmente, el Decreto 1320 de 1998 fue expedido específicamente con la finalidad de reglamentar la consulta previa de las comunidades indígenas y negras ante la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios. En efecto, en la parte introductoria del Decreto se precisa que su promulgación atiende al desarrollo “*de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 15 de la Ley 21 de 1991, en el artículo 44 de la Ley 70 de 1993 y en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993*”. Su promulgación debe entenderse, igualmente, como una respuesta a las exigencias internacionales emanadas del pluricitado Convenio 169 de la OIT.⁴⁸⁴ De hecho, la parte considerativa del Decreto se evoca el numeral 3º del artículo 7o. de la Ley 21 de 1991, por la cual se aprueba el referido Convenio y que, al respecto, dispone: “*los gobiernos deberán velar porque, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.*”⁴⁸⁵

En sí, se preceptúa que el objeto de la consulta es “*analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio (...)*”⁴⁸⁶. Por su parte, este concepto es detallado en el decreto como el espacio constituido por zonas de resguardo o reservas indígenas, zonas

⁴⁸⁴ Cabe recordar que el artículo 34 del mismo tratado estipula: “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969⁴⁸⁴, según la cual “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (subraya fuera del texto).

⁴⁸⁵ Artículo 7o. de la Ley 21 de 1991.

⁴⁸⁶ Artículo 1º

adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras o zonas no tituladas, pero habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades.⁴⁸⁷

En tratándose de zonas no tituladas pero de habitación frecuente por parte de la comunidad susceptible de afectación, corresponde al Ministerio del Interior certificar su presencia, el pueblo al que pertenecen, su representación y ubicación geográfica.

Así pues, la consulta se hace imperativa cuando las condiciones materiales del proyecto puedan derivar en la generación de una perturbación en términos económicos, ambientales, sociales y culturales a la estabilidad del grupo con ocasión de la explotación de recursos naturales dentro de su territorio. Es más, para el efecto, el decreto prevé que los estudios ambientales sean efectuados, por parte del sujeto responsable del proyecto, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas o negras.

El artículo 5° del Decreto puntualiza que el responsable del proyecto, obra o actividad, al presentar los estudios ambientales, debe acreditar la forma y procedimiento en que vinculó a los representantes de las comunidades indígenas y negras en su proceso de elaboración. No obstante, si los representantes de las comunidades se niegan a participar u omiten dar respuesta dentro de los términos previstos en la norma, la persona interesada está autorizada para efectuar los estudios de manera autónoma. Tales estudios, en cuanto al componente socioeconómico y cultural, deben acreditar al menos los siguientes elementos:

“1. En el diagnóstico ambiental de alternativas:

Características de la cultura de las comunidades indígenas y/o negras. Este elemento se tendrá en cuenta por parte de la autoridad ambiental para escoger la alternativa para desarrollar el estudio de impacto ambiental.

2. En el estudio de impacto ambiental o plan de manejo ambiental:

a) Características de la cultura de las comunidades indígenas y/o negras;

b) Los posibles impactos sociales, económicos y culturales que sufrirán las comunidades indígenas y/o negras estudiadas, con la realización del proyecto, obra o actividad;

c) Las medidas que se adoptarán para prevenir, corregir, mitigar, controlar o compensar los impactos que hayan de ocasionarse.”⁴⁸⁸

Igualmente se establece el término de los quince (15) días próximos a la fecha de la solicitud de licencia ambiental o de fijación del Plan de Manejo Ambiental, dentro del cual la autoridad ambiental “comprobará la participación de las comunidades interesadas en la elaboración del estudio de Impacto Ambiental, o la no participación, y citará a la reunión de consulta previa que deberá celebrarse dentro de los treinta (30) días siguientes al auto que así lo ordene preferiblemente en la zona donde se encuentre el asentamiento.”⁴⁸⁹ En la reunión participarán las personas interesadas en el proyecto o actividad, el Ministerio del Interior y de Justicia y los representantes de las comunidades involucradas, que de ser una pluralidad –de comunidades-, concurrirán en el mismo espacio consultivo, salvo que “no sea posible realizarla –la consulta- en

⁴⁸⁷ Artículo 2°

⁴⁸⁸ Artículo 5° del Decreto 1320 de 1998.

⁴⁸⁹ Artículo 12, inciso 1°

*conjunto por existir conflictos entre ellas*⁴⁹⁰. De manera consecuente, el decreto dispone otra serie de lineamientos para la realización de la reunión tales como su celebración en idioma castellano con traducción a las lenguas de las comunidades presentes, y el diligenciamiento de un acta *“en la que conste el desarrollo de la misma, que será firmada por los representantes de las comunidades indígenas y negras (...)*⁴⁹¹

Cabe mencionar en este punto que dicho decreto fue objeto una acción de nulidad resuelta mediante sentencia proferida el día veinte (20) de mayo 1999 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Entre otros cargos, se alegaba uno por violación de los artículos 6° y 15 de la ley 21 de 1.991, en la medida en que el decreto en cuestión no fue estatuido con la participación de los *“pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas (...)*⁴⁹²

Al respecto se resolvió, de manera textual:

*“La Sala no observa que el Decreto 1320 de 1998, en su conjunto, presuponga el desmedro de la integridad étnica, social, cultural y económica de las comunidades indígenas, ni que sea un instrumento que no permita garantizar dicha integridad. Visto de manera global, es un mecanismo que facilita hacer efectiva la preservación de las mismas, cuando de la explotación de recursos en sus territorios se trata, al permitirles participar, a través de sus representantes, tanto en la elaboración de los estudios ambientales (artículo 5°), como en acuerdos sobre la identificación de impactos y las medidas propuestas dentro del plan de manejo ambiental, y las demás que sean necesarias para su preservación. Lo preceptuado en los artículos acusados en forma alguna atenta contra la diversidad étnica y cultural de la Nación. Más bien apuntan a contribuir a su preservación, en cuanto ayudan o concurren con otros mecanismos que se han venido dando, v.g. la acción de nulidad contra los actos que confieran licencias ambientales, la concentración de políticas, etc., a la creación de condiciones jurídicas para que las etnias que eventualmente puedan resultar afectadas en su entorno y por consiguiente, en su supervivencia por determinados proyectos, públicos o privados, o actividades económicas, se procuren los correctivos o medidas necesarios para evitar ser afectados negativamente en sus condiciones de vida.”*⁴⁹³

Es imprescindible poner de presente, además, que en relación con el decreto en mención fueron efectuadas ciertas reclamaciones por parte de la Asociación Médica Sindical Colombiana y la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo debido a que su promulgación, como medida legislativa susceptible de afectar a las comunidades étnicas minoritarias del país, se llevó a cabo sin la consulta de las mismas. Tales reproches fueron admitidas por el Consejo de Administración y culminaron con la aprobación, por parte este ente, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, que coincidieron en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998. De hecho, tales razones han sido

⁴⁹⁰ Artículo 12, parágrafo 1°.

⁴⁹¹ Artículo 12, parágrafo 2°.

⁴⁹² Sentencia de veinte (20) de mayo 1999 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

⁴⁹³ Op. Cit., sentencia de veinte (20) de mayo 1999 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

apropiadas por esta Corporación que ya ha ordenado la inaplicación del mismo para efectos del trámite consultivo.⁴⁹⁴

Caso Concreto.

Los accionantes, el representante legal de la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos y el del Comité de Veeduría Ciudadana de Pasacaballos 'Ojo Pelao', alegan el desconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades negras asentadas en el corregimiento de Pasacaballos y la falta, en esta medida, a los mandatos contenidos en la Ley 70 de 1993, el Decreto 1320 de 1998, la Ley 99 de 1993 y el Convenio 169 de la OIT con ocasión de las actividades y obras que constituyen el proyecto "*construcción y mejoramiento de la vía transversal Barú.*"

Dicho proyecto fue objeto del contrato de concesión vial N° VAL-02-06, suscrito en diciembre de 2006 entre la Alcaldía Mayor del Distrito de Cartagena de Indias y el Consorcio Vial Isla Barú. La materialización del mismo comprende, esencialmente, la ejecución de actividades como el estudio y diseño de la vía, la construcción de la carretera principal -de una proporción aproximada de 31 kilómetros- y de las entradas a los puertos de los poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú.

De acuerdo con ese panorama fáctico, la temática relevante desde el punto de vista constitucional está dada por la determinación de la obligatoriedad de la consulta a las comunidades afrocolombianas localizadas en los corregimientos de Pasacaballos y Barú, dada la iniciación y puesta en marcha del proyecto para la construcción y mejoramiento de la transversal Barú. Así las cosas, los puntos abordados en las consideraciones fueron: i) la legitimación para la interposición de la tutela en materia de derechos reconocidos a los grupos étnicos minoritarios y ii) el derecho a la consulta previa reconocido a las comunidades étnicamente minoritarias.

En cuanto al dilema preliminar, simplemente habría que reafirmar que el agenciamiento oficioso está autorizado en estos casos, es decir, para la defensa de los derechos reconocidos a una colectividad, por parte, tanto de organizaciones integradas por miembros de la colectividad, como destinadas a las defensas de sus intereses. Este último es el caso de las dos organizaciones a las que representan los demandantes creadas para la salvaguarda y promoción de los derechos de las comunidades afrocolombianas localizadas en la zona. Así pues, se entiende que cuentan con legitimación activa.

Ahora, en relación con la pregunta que merece la atención central del juez constitucional, habría que partir de un presupuesto inicial, que es el atinente a la existencia de comunidades afrocolombianas en la zona de influencia del proyecto en cuestión. De hecho, como obra en el aparte de elementos probatorios, existe certificación del Ministerio del Interior y de Justicia sobre la presencia de varias comunidades afrocolombianas en la zona, a saber:

- *"Asociación para aprovechamiento forestal sostenible de Pasacaballos, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.*
- *Asociación por los derechos de las comunidades Negras de Pasacaballos, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.*
- *Consejo Comunitario de la Comunidad Negra del Corregimiento de Santa Ana, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.*

⁴⁹⁴ Vale recordar, por ejemplo, que mediante sentencia T-652 de 1998 se ordenó: "a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen del Decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991."

- Consejo Comunitario del Corregimiento de Pasacaballos, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.
- Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Comunidad Comunera de Gobierno Rural de Ararca, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.
- Consejo Comunitario de la comunidad Negra de la unidad comunera de gobierno Rural de la localidad histórica del Caribe, municipio de Cartagena, departamento de Bolívar.⁴⁹⁵

Constatado lo anterior, habría que verificar la omisión de la consulta, afirmación que deriva de la lectura de algunos elementos probatorios como la Resolución 1046 de 2008 emitida por la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE–, por medio de la cual se resolvió *“otorgar licencia ambiental al proyecto ‘CONSTRUCCIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA VÍA TRANSVERSAL BARÚ’ a favor del Departamento Administrativo de Valorización Distrital de Cartagena.”*⁴⁹⁶ En este documento la autoridad ambiental niega la necesidad de la consulta bajo el argumento de un aparente incumplimiento de la regulación contenida en el decreto 1320 de 1998 en punto al incumplimiento de ciertos *lineamientos* para la viabilidad de la consulta, a saber: *“a. identidad cultural, b. ocupación de tierras baldías en las zonas rurales ribereñas, c. prácticas tradicionales de producción, y d. derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley, lo que hace que estas tierras sean adjudicables.”*⁴⁹⁷ Es decir, de acuerdo con la Corporación Autónoma del Canal de Dique –CARDIQUE–, los anteriores son los requerimientos para la exigibilidad de la consulta, lo cual pugna con el alcance y elementos que a la misma reconoce el Convenio 169 de la OIT e, incluso, el mencionado decreto de cuyo texto no emana tal afirmación.⁴⁹⁸

En un aparte del informe enviado por la Alcaldía Distrital se asevera que *“la comunidad ha tenido acceso permanente también a manifestarse respecto a la vía”*, en ejercicio de lo cual, según se dice, *“se convocaron a las comunidades de Ararca, Santa Ana y Barú para socializar el proyecto de la vía, en reuniones que se efectuaron los días 2, 3 Y 24 de octubre del año en curso con participación e miembros de la comunidad y representantes de las Juntas de Acción Comunal.”*⁴⁹⁹ Sin embargo, simples reuniones no tienen la virtualidad de satisfacer las exigencias del derecho a la consulta en las condiciones previamente expuestas. Para que, por el contrario, se hubiese observado plenamente el ámbito de protección trazado por este derecho, se precisaba la generación de un espacio deliberativo que reuniera los requisitos de representatividad; que vislumbrara posibilidades para la iniciativa de las comunidades en el contexto de la elaboración del proyecto; que implicara un conocimiento cabal de su alcance y repercusiones; que permitiera, en últimas, la expresión del criterio de las comunidades involucradas con miras a obtener cierto consenso en cuanto a la forma apropiada de la medida susceptible de afectarles. Resulta así evidente la omisión de la consulta, denegación carente de sustento jurídico.

⁴⁹⁵ Certificación emitida por la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia Folios 1 y 2, cuaderno de pruebas.

⁴⁹⁶ Folios 28 a 52, cuaderno 3 de pruebas.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ De igual forma, se precisa que este decreto será inaplicado en el caso concreto con base en las recomendaciones expuestas por la Comisión de Expertos de la OIT y la línea jurisprudencial predominante en la materia.

⁴⁹⁹ Op. Cit., folios 46 y 47, cuaderno 4.

Sobrepasado este punto, se determinará el grado de afectación que la medida administrativa refleja sobre las condiciones de vida de los miembros de las comunidades afrocolombianas referenciadas previamente.

Como obra en el informe remitido por la Alcaldía Distrital este proyecto, que traspasa toda la isla de Barú de noreste a suroeste y atraviesa los poblados de Ararca, Santa Ana y Barú, presenta varios impactos sobre su zona de influencia, entre otros: *“las geoformas originales del terreno serán modificadas de manera parcial por efectos de la remoción de los árboles, ubicados en las 55 hectáreas que se han de intervenir; pues el material quedara expuesto a la acción de la meteorización y pérdida de la consistencia; el área quedara expuesta a la acción de las lluvias y demás factores climáticos, presentándose una probabilidad de procesos erosivos”*⁵⁰⁰; en relación con el componente hídrico, los efectos más notorios serían *“el aporte de sedimentos y aumento de la turbidez generados por las actividades de arrastre de trozas, remoción de los árboles y ramas; remoción de los árboles de las especies seleccionadas que representan un valor ecológico; la remoción de los árboles de las especies seleccionadas que representan un valor ecológico; la fauna terrestre y aérea migrará parcialmente hacia las áreas boscosas vecinas mientras se desarrolle la extracción de biomasa; la remoción de la vegetación y el arrastre de los troncos con la consecuente disturbación del suelo, lo que hace más factible el movimiento de partículas de polvo hacia la atmósfera por la acción del viento; la emisión de partículas y gases por la operación de la motosierra y/o tractor; y el hecho de que los niveles de ruido se verán alterados o incrementados durante las actividades de tala, transporte y disposición de la madera, producto del ruido de los motores de combustión.”*⁵⁰¹

Es notoria la huella plantada por la ejecución del proyecto en cuestión, lo cual adquiere mayor trascendencia en vista de que los habitantes de la región se dedican a actividades como la pesca, el turismo, la acuicultura y la agricultura. En efecto, la incidencia del proyecto no alcanza exclusivamente las dinámicas ambientales y socio-económicas, pues incluso el sentido cultural de este grupo poblacional, concepto visto como la urdimbre que articula las tramas de significación construidas por los humanos y manifiestas en sus expresiones sociales⁵⁰², se ve trastocado por el sentido y la proporción en que las consecuencias mismo alteran la relación existente entre los sujetos que le componen, su ambiente y los componentes que le integran.

Así las cosas, el proyecto de que se trata no sólo afecta directamente a las comunidades ubicadas en su zona de influencia debido a su disposición geográfica sino que, igualmente, sus secuelas recaen de forma particular sobre la comunidad, su nicho y los recursos que le constituyen, dado que los elementos que representan sus cosmovisión son efectivamente y representativamente limitados por las consecuencias que resultan del proyecto. He ahí el advenimiento del criterio primario para la obligatoriedad de la consulta a las comunidades étnicamente minoritarias que se vean potencialmente afectadas por una medida legislativa o administrativa, como lo es la construcción de una carretera de tales características y magnitud en el espacio que material y culturalmente un grupo tiene como propio.

Para el caso concreto, el adecuado balance entre el principio de interés general y el de protección de la diversidad, integridad y autonomía de los grupos étnicamente no dominantes, como los son las comunidades afrocolombianas localizadas en los municipios de Santa Ana, Barú y Ararca, exige la suspensión de las obras que constituyen el proyecto de la Transversal Barú hasta tanto se

⁵⁰⁰ Así consta en el informe enviado por la Alcaldía Distrital que obra a folios 24, 25 y 26, cuaderno 4.

⁵⁰¹ *Ibidem*.

⁵⁰² Geertz, Clifford. La interpretación de las culturas. Editorial Gedisa. Barcelona, 1995. Página 387.

efectúe la consulta de las comunidades afrocolombianas encontradas en la región, de conformidad con los condicionamientos reseñados en la parte considerativa de esta sentencia.

III. DECISIÓN

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: **LEVANTAR** la suspensión de términos.

Segundo: **REVOCAR** la sentencia proferida el día 31 de agosto de 2009 por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Cartagena en el trámite de la acción de tutela instaurada por Rafael Elías Escobar Cafarzuza como representante legal de la Empresa Asociativa de Agricultores del Corregimiento de Pasacaballos y Ramiro Torres Espinoza como representante legal del Comité de Veeduría Ciudadana de Pasacaballos 'Ojo Pelao' en contra de la Alcaldía de Cartagena y el Consorcio Vial Isla de Barú. En consecuencia, **AMPARAR** el derecho a la consulta previa reconocido a favor de las comunidades afrocolombianas que, de acuerdo con la certificación emitida por la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia, se encuentran asentadas en el área de influencia del proyecto *"para la construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú."*

Tercero.- ORDENAR al Consorcio Vial Barú suspender las actividades iniciadas en desarrollo del proyecto *"para la construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú"* hasta tanto se lleve a cabo la consulta a las comunidades afrocolombianas asentadas en su zona de influencia.

Cuarto.- ORDENAR a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y de Justicia efectuar la consulta a las comunidades afrocolombianas que, de acuerdo con su certificación, están asentadas en la zona de influencia del proyecto en el marco de un ambiente discursivo, ceñido al requisito de representatividad y los principios de buena fe y confianza legítima. Inaplicar, para el efecto, el Decreto 1320 de 1998 por su incompatibilidad con la Constitución Política; en su lugar, consultar a las comunidades afrocolombianas, a través de sus representantes, los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas.

Si la concertación no fuere posible, las entidades accionadas, de manera razonable y proporcionada, diseñarán unilateralmente los procedimientos para la ejecución de la consulta.

Quinto.- ORDENAR a la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique –CARDIQUE– adelantar los controles necesarios para verificar la suspensión inmediata de las actividades relacionadas con la realización del proyecto *"para la construcción y mejoramiento de la vía transversal de Barú."*

Sexto. Líbrese las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNERTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

COLOMBIA- Sentencia 7

Sentencia C-936/10

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD AL DESMOVILIZADO DE UN GRUPO ARMADO AL MARGEN DE LA LEY-Desconoce el principio de legalidad, los límites constitucionales para su aplicación y los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación/**APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD AL DESMOVILIZADO DE UN GRUPO ARMADO AL MARGEN DE LA LEY**-Se incurre en una omisión legislativa al no excluirlo en los casos de graves violaciones de derechos humanos

DISEÑO DE LA POLITICA PUBLICA EN MATERIA PENAL-Límites constitucionales

POLITICA CRIMINAL-Definición

La noción de “política criminal” ha sido definida por la Corte, como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la política criminal puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: “la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado”, y que “la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal”. Así mismo, se precisó que “la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma”.

POLITICA PUBLICA EN MATERIA CRIMINAL-Etapas en el proceso de diseño

Ha precisado esta Corporación que el proceso de diseño de una política pública en materia criminal incluye los estadios de: (i) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política; en ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario.

POLITICA CRIMINAL-Medidas normativas que forman parte del concepto/**POLITICA CRIMINAL**-Concepto

Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “política criminal”, se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas, (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos, (c) las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales, (e) las que regulan la detención preventiva, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal. Así mismo ha reconocido esta Corporación que “las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica”. Según lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corte, una parte integrante del proceso de diseño y adopción de políticas

públicas en materia criminal es la utilización de instrumentos normativos, tales como el Acto Legislativo No. 3 de 2002, el cual no se limitó a efectuar reformas menores a la Fiscalía creada por la Constitución de 1991. La voluntad del Congreso al expedirlo, en ejercicio de su función constituyente y de su potestad de diseñar y adoptar la política criminal del Estado, fue de amplio espectro al punto que se orientó a instituir un “nuevo sistema” de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, en el cual se inscribe como figura estelar el principio de oportunidad. En este sentido ha señalado también la jurisprudencia que “el concepto de política criminal comprende la respuesta penal tradicional al fenómeno criminal”. Y si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, dado su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. De modo que cuando una política pública es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. En materia penal este imperativo resulta todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos fundamentales se encuentran particularmente implicados ya sea desde el punto de vista del imputado o de la víctima, y el interés de la sociedad se encuentra igualmente comprometido. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto.

DERECHO PENAL-Relación entre la Constitución y la política criminal del Estado/DERECHO PENAL-Constitucionalización

La Corte ha reconocido que existe una estrecha relación entre la Constitución y la política criminal, que parte de la idea de la “constitucionalización” de aspectos medulares del derecho penal, tanto en materia sustantiva como procedimental. Al respecto señaló la Corporación: “De un lado, encontramos el problema de la relación entre la Constitución y la política criminal del Estado, o si se quiere, entre el derecho constitucional y el derecho penal, (...). “Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el ius punendi debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas”.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Límites constitucionales a la potestad de configuración del legislador en el diseño de las causales para su aplicación

El constituyente secundario defirió expresamente al legislador el señalamiento de las causales que ameritan la aplicación del principio de oportunidad penal, como se deduce del tenor literal del artículo 250 superior. En tal virtud, el legislador goza de una amplia potestad legislativa a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales resulta desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que dicha potestad de configuración encuentra límites derivados, en primer lugar, de (i) Los derechos de las víctimas de los delitos y del correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad; (ii) de las finalidades que tuvo en cuenta el constituyente para la incorporación de razones de oportunidad en el sistema penal acusatorio; (iii) de las características constitucionales del principio de oportunidad; (iv) y el principio de legalidad.

GARANTIA DE LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE GRAVE CRIMINALIDAD-Deber del Estado para asegurar la vigencia de un orden justo

A la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el legislador encuentra un límite derivado del mandato constitucional que impone a las autoridades el deber de asegurar la vigencia de un orden justo, tal como lo postula el Preámbulo, el artículo 2° de la Carta, así como los compromisos internacionales del Estado en materia de acceso a la administración de justicia en procura de la defensa de los derechos humanos, y para asegurar la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones. Este límite no se refiere a las circunstancias objetivas o subjetivas que rodean la comisión, la investigación o el juzgamiento de una conducta punible, sino a la naturaleza especialmente grave del delito en sí mismo considerado.

PROTECCION A LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Estándares internacionales de derechos incorporados en el orden jurídico colombiano/TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Deberes del estado en relación con las víctimas de violaciones a sus mandatos

Los estándares internacionales establecidos en materia de derechos de las víctimas de los delitos, en particular de las graves violaciones de derechos humanos y la serias infracciones al derecho internacional humanitario, han sido incorporados en el orden jurídico colombiano a través de la figura del bloque de constitucionalidad (Art. 93), y constituyen hoy en día un marco referencial insoslayable para el diseño de la política pública en materia penal. Los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario establecen los siguientes deberes del estado en relación con la víctimas de violaciones a sus mandatos: (i) garantizar recursos accesible y efectivos para reivindicar sus derechos; (ii) asegurar el acceso a la justicia; (iii) investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y (iv) cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derecho humanos. Estas exigencias deben ser consideradas e incorporadas en el diseño de la política pública establecida para enfrentar de manera permanente el fenómeno de la criminalidad. No obstante, la comunidad internacional ha advertido que se trata de garantías que no se suspenden ni interrumpen en los modelos denominados de justicia transicional, y en consecuencia los Estados deben asegurar, aún en estos contextos, estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

PROTECCION A LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Instrumentos internacionales/CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS-Obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar violaciones de derechos humanos

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS-Asuntos que han sido objeto de interpretación

Entre los asuntos que han objeto de interpretación y precisión a través de estas decisiones, se destacan, por su relevancia para el presente estudio, los siguientes: (i) La obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas. (ii) La incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos: (iii) La eventual aplicación del principio de oportunidad frente a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos. Una

referencia a un caso colombiano. (iv) El derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales. (v) La no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz. (vi) El deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos. (vii) El derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad. Las anteriores conclusiones provienen de sentencias de un tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 de la Constitución colombiana prescribe que los derechos y deberes consagrados en esa Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que la jurisprudencia reseñada resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno.

PRINCIPIOS FORMULADOS POR LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION Y PROMOCION DE LOS DERECHOS HUMANOS-Directrices para la lucha contra la impunidad

El “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”, proclamados por la ONU en 1998, conforma un marco conceptual de gran valor como fuente de Derecho Internacional, en la medida que contiene los lineamientos formulados por las Naciones Unidas para la lucha contra la impunidad en materia de graves violaciones de derechos humanos. Son directrices construidas a partir de pautas normativas y jurisprudenciales de Derecho Internacional, así como de la experiencia histórica proveniente de procesos de tránsito a la democracia o de consolidación del Estado de Derecho en distintas naciones. Sus principales directrices se pueden sintetizar así: (i) Durante los procesos de transición hacia la paz, a las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación. (ii) El derecho a saber es imprescriptible e implica la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Este derecho también hace referencia al derecho colectivo a conocer qué pasó, garantía que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan y que implica la obligación de “memoria” pública sobre los resultados de las investigaciones. (iii) El derecho a la justicia implica la garantía de un recurso judicial efectivo, a la reparación y a la no repetición. Esto implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación. A esta garantía se asocia el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, asegurar su sanción. (iv) Dentro del proceso penal las víctimas tiene el derecho de hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación. (v) En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios de debido proceso. (vi) La prescripción de la acción penal o de las penas no puede ser opuesta a los delitos graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad, ni correr durante el período donde no existió un recurso eficaz. (vii) En cuanto a la disminución de las penas, las “leyes de arrepentidos” son admisibles dentro de procesos de transición a la paz, se “pero no deben exonerar totalmente a los autores”. (viii) La reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación. (ix) En el ámbito colectivo, la reparación se logra a través de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan a la comunidad. (x) Dentro de las garantías de no repetición, se incluye la disolución de los grupos armados acompañada de medidas de reinserción.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Contenido/DERECHOS DE LAS VICTIMAS EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA-Principios y preceptos constitucionales a partir de los estándares internacionales/DERECHOS DE LAS VICTIMAS EN

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA-Especial referencia a la garantía de un recurso judicial efectivo

En aplicación de las facultades de interpretación que se derivan del artículo 93 de la Carta, esta Corporación ha acogido los desarrollos del derecho internacional en relación con los derechos de las víctimas de la grave criminalidad, haciendo extensivos sus principios y concepciones básicas, a las víctimas de los delitos en general. Así ha señalado que, “las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial”. Esta concepción de los derechos de las víctimas, a partir de los estándares internacionales, encuentra igualmente respaldo en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art. 1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que propugna por la participación, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante en el derecho de acceso a la administración de justicia (Art. 229), del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE LA CRIMINALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LAS VICTIMAS DE LOS DELITOS EN GENERAL-Alcance/DERECHOS DE LAS VICTIMAS DE LA CRIMINALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL APLICABLE A LAS VICTIMAS DE LOS DELITOS EN GENERAL-Clasificación/DERECHO A LA VERDAD-Contenido/DERECHO A LA VERDAD-Finalidad/DERECHO A QUE SE HAGA JUSTICIA EN EL CASO CONCRETO-Contenido/DERECHO A LA REPARACION-Dimensiones/DERECHO A LA REPARACION INTEGRAL DEL DAÑO QUE SE HA OCASIONADO A LA VICTIMA O A LOS PERJUDICADOS CON EL DELITO-Contenido

El alcance de los derechos de las víctimas de la criminalidad compleja de que se ocupa el derecho internacional, aplicables a las víctimas de los delitos en general, ha sido sistematizado así por la jurisprudencia: “a. El derecho a la verdad. . El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (principios 1° a 4) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber. El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan

entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima. El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima. b. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal, y el derecho a participar en el proceso penal, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en “que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas” c. El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas. La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación”. En conclusión, la jurisprudencia constitucional colombiana ha incorporado en el orden interno, los estándares internacionales establecidos en los sistemas de protección de derechos humanos, respecto de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, extendiendo sus contenidos a las víctimas de los delitos en general. En tal sentido ha entendido que los derechos de las víctimas, incorporan el derecho a la verdad, el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad, y el derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito. El derecho a la justicia incluye el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos, así como el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo. Por su relevancia para este análisis de constitucionalidad se hará una breve referencia a este último.

DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Alcance constitucional

La Corte Constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia.

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2002-Finalidad como límite a la potestad de configuración de las causales del principio de oportunidad

De los debates legislativos que precedieron a la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002, se deduce que la finalidad fundamental para la instauración del principio de oportunidad como figura nuclear del nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, fue el de “racionalizar la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social”. Este propósito general podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios tales como: (i) La ínfima importancia social de un hecho punible, idea que parte del reconocimiento de que existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto realmente no hay lesión, ni potencial afectación antijurídica; (ii) La reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, especialmente en aquellos delitos de contenido económico; (iii), la culpabilidad disminuida; (iv) o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Rasgos constitucionales como límites a la potestad legislativa de configuración de las causales para su aplicación/**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Características

Las características constitucionales del principio de oportunidad condicionan la labor legislativa en la configuración de las causales y presupuestos para su procedibilidad. Al respecto cabe recordar que el Acto Legislativo 03 de 2002 dispuso que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por una de las siguientes vías: denuncia, petición especial, querrela o de oficio, “siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”. En consecuencia, la Fiscalía no podrá suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, “salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”. Partiendo de esta configuración constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha destacado los siguientes rasgos del principio de oportunidad: (i) es una figura de aplicación excepcional mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera clara e inequívoca; (iii) debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado; (iv) su ejercicio estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías; (v) su regulación debe ser compatible con el respeto por los derechos de las víctimas.

FISCALIA GENERAL DE LA NACION-Corresponde al legislador señalar los casos excepcionales en los cuales el fiscal puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal

De acuerdo con el mandato constitucional, corresponde al legislador señalar los casos excepcionales en los cuales la Fiscalía puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Sin embargo, tal como lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corte, a la hora de diseñar las causales excepcionales para la aplicación del principio de oportunidad el Congreso debe respetar además de la finalidad constitucional de la institución (Vid. Supra), otros parámetros superiores como son: el deber de asegurar la vigencia de un orden justo y en esa marco garantizar los derechos de las víctimas; el principio de legalidad; y la articulación del principio con la política criminal del Estado

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Principio de legalidad como límite constitucional a la potestad de configuración legislativa/**PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**-Causales de aplicación deben ser diseñadas por el legislador de manera clara y precisa

El legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone determinar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse. La definición por parte del legislador de los casos estrictos y taxativos en que procedería, cumple propósitos fundamentales de seguridad jurídica para el procesado y las víctimas, orientar el ejercicio del margen de discrecionalidad que se reconoce al fiscal para la aplicación del principio de oportunidad, y permitir y eficaz control judicial por parte del Juez de Garantías.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-Condición a una declaración juramentada del imputado o acusado, representa una clara renuncia del Estado a investigar conductas delictivas que podrían implicar violaciones a los derechos humanos

PERTENENCIA A ORGANIZACION CRIMINAL-No es una conducta tipificada como delito autónomo en la ley penal

La “pertenencia a la organización criminal” no es una conducta tipificada como delito autónomo en la ley penal, lo que conduce a que sea la autoridad encargada de aplicar el precepto la que defina qué conductas delictivas caen bajo la órbita de la causal, a fin de determinar si se trata de punibles respecto de los cuales existe disponibilidad de la acción penal. La “pertenencia a una organización criminal”, constituye un elemento normativo que puede estar comprendido en más de una modalidad delictiva, o incluso puede aludir a una forma de participación colectiva en un ilícito, circunstancia que evidentemente introduce un elemento de indeterminación, en una materia en la que la definición previa, clara e inequívoca de los punibles sobre los cuales es posible suspender, interrumpir o renunciar a la acción pena, resulta relevante.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Exigencias

De acuerdo con la, jurisprudencia de esta Corte, la aplicación de las causales del principio de oportunidad exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad de la conducta, comoquiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, a fin de que el fiscal sopesa la pertinencia de dar aplicación al principio de oportunidad y el juez pueda ejercer efectivo control sobre esa determinación. Esto solo es posible a partir de una mínima acreditación de la ocurrencia de un hecho que debe estar previamente definido en la ley.

**OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Significado/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD
POR OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Competencia de la Corte
Constitucional/OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Características**

La jurisprudencia de esta corporación ha precisado que se presenta una omisión legislativa relativa cuando el legislador regula una materia de manera parcial, insuficiente o incompleta, omitiendo una condición, un sujeto destinatario, un ingrediente esencial o algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, debería formar parte de la disciplina legal o de la materia normativa. En esta hipótesis de control, el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa incompleto en su concepción, y que puede ser cotejado con la Carta, por resultar arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso. La Corte se ha declarado competente para abocar el conocimiento de la omisión legislativa relativa, por cuanto surte efectos jurídicos que pueden presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores. Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa se han sistematizado así: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador.

Referencia: expediente D-8131

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el párrafo 3° del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, “*Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad*”.

Demandantes: Rafael Barrios Mendivil, Dora Lucy Arias Giraldo y Linda María Cabrera Cifuentes.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010)

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Rafael Barrios Mendivil, Dora Lucy Arias Giraldo y Linda María Cabrera Cifuentes, interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra el primer inciso del numeral 17 y el párrafo 3º del mismo artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, "*Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad*", por considerar que vulneran los artículos 150.17 y 250 Superiores. Sostienen que desconoce, así mismo, los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

La demanda ciudadana fue admitida por auto del 18 de mayo de 2010, mediante el cual se ordenó comunicar la iniciación del presente proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia para que intervinieran directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto, a través de escrito que debían presentar dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que, en su criterio, justificaban la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

De igual manera, se invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Defensoría del Pueblo, a las Facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, de Antioquia, de Cartagena, del Valle, Externado, Javeriana, Libre, Nacional y Rosario, para que intervinieran mediante escrito que debían presentar dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que, en su criterio, justificaban la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

Por último, se ordenó correr el respectivo traslado al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

II. NORMA DEMANDADA.

A continuación se transcriben la norma demandada y se subrayan los apartes acusados, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial núm. 47.405 del 9 de julio de 2009:

LEY 1312 DE 2009

(julio 9)

Diario Oficial No. 47.405 de 9 de julio de 2009

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por medio de la cual se reforma la Ley [906](#) de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad.

(...)

“ARTÍCULO 2o. El artículo [324](#) de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo [324](#). *Causales.* El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

(...)

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley [975](#) de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número [3](#) de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

PARÁGRAFO 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de organizaciones delictivas.

PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto.

PARÁGRAFO 3o. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

PARÁGRAFO 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico”.

III. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.

Los demandantes comienzan por señalar que, desde el año 2002, han sido reportados 31.671 paramilitares desmovilizados colectivamente y 3.682 de manera individual, para un total de 35.353 individuos. De ese grupo, sólo 3.682, es decir, el 10.28% se acogieron a la Ley de Justicia y Paz, en tanto que *“la gran mayoría de los paramilitares, un 89.72% han sido sometidos irregularmente al régimen jurídico aplicable para delitos políticos, contemplado en la ley 782 de 2002 y el decreto 128 de 2003”*.

Agregan que con ocasión del pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre los desmovilizados paramilitares, el Gobierno Nacional vio obstruida la posibilidad de promover el cierre de investigaciones penales adelantadas contra aquéllos, motivo por el cual promovió un proyecto de ley sobre aplicación del principio de oportunidad.

Así pues, surgió un tercer marco jurídico para los desmovilizados, contenido especialmente en la causal 17 de la Ley 1312 de 2009, la cual le permite a la Fiscalía aplicar el principio de oportunidad para aquellos postulados que no se encuentren dentro de la Ley 975 de 2005, y hayan manifestado *“con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad”*, y no tengan investigaciones abiertas en su contra por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, *“con excepción de la pertenencia a la organización criminal”*, incluido el porte ilegal de armas y uniformes. Para aplicar dicho beneficio, la Fiscalía puede adelantar audiencias individuales y colectivas.

Aseguran igualmente que los siguientes delitos quedarían en la impunidad, por cuanto no sería posible investigar y sancionar a sus responsables:

Crimen	Cifras
Desaparición forzada	29.484
Homicidios	24.005
Fosas comunes	2.488
Desplazamiento forzado	3.163.889

Agregan que el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, *“ha autorizado al Estado para renunciar a la obligación de investigar hechos constitutivos de graves violaciones de derechos humanos en desconocimiento de las obligaciones previstas por el derecho internacional de los derechos humanos”*.

Una vez realizado el anterior recuento, los demandantes precisan que dirigen sus cargos de inconstitucionalidad contra la causal 17 y el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, en dos modalidades *“un cargo por desconocimiento de los requisitos constitucionales del legislador para formular causales del principio de oportunidad y otro cargo por omisión legislativa relativa”*.

Así las cosas, los ciudadanos alegan que el inciso primero del numeral 17 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, modificadorio del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, vulnera los requisitos constitucionales que regulan el principio de oportunidad, previstos en el artículo 250 Superior, dada la ambigüedad e indeterminación de la disposición y por incluir una amnistía encubierta, favorable a la impunidad, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 150.17 Superior, y en

contra de los derechos de las víctimas consagrados en los artículos 1, 2, 6, 12, 29, 93 y 229 constitucionales, así como en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto a la vulneración contra el artículo 250 Superior, los demandantes argumentan lo siguiente:

“De un lado, el supuesto de actos inequívocos del desmovilizado que permitan evaluar su propósito de reintegrarse a la sociedad, abre un margen muy amplio de valoración por parte de la Fiscalía porque no existen parámetros objetivos para determinar cuándo una manifestación es inequívoca o no y cuándo expresa la intención de reintegrarse a la sociedad, más aún cuando la misma norma dispone que las conductas frente a las cuales se aplica el principio de oportunidad para estos desmovilizados pueden suceder antes o después de la desmovilización, luego, el Fiscal no tiene reglas claras para decidir por ej, si un desmovilizado cuenta con actos inequívocos de reintegración, si aún después de la desmovilización ha incurrido en otros delitos”.

Así las cosas, según los demandantes, no existe un referente normativo objetivo que permita determinar cuándo y bajo qué condiciones se presenta un acto inequívoco de reintegración a la sociedad, más aún cuando la figura se aplica respecto delitos cometidos luego de la desmovilización.

Sobre el mismo particular agregan que *“la ambigüedad de la causal demandada está dada en un conjunto de falencias que hemos denominado como la existencia de una causal atípica favorable a la impunidad. La causal carece de una identificación clara de los delitos a los cuales se aplica. Nótese que de una parte se refiere a la “pertenencia a la organización criminal”, en otra a “situaciones” y en suma no se tiene claridad sobre a qué tipo de delitos se aplica, al contrario de lo sucedido en las demás causales. Sólo están definidos los delitos accesorios que no aportan claridad suficiente en relación con el delito principal”*.

De igual manera señalan que *“la causal tampoco exige la identificación del victimario ni supone la existencia de un proceso penal en el cual la víctima pueda hacer valer sus derechos y peor aún prevé audiencias colectivas para aplicar el principio de oportunidad sin garantizar la participación de las víctimas”*. Así mismo, no se trata de delitos de bajo impacto social o cometidos por personas plenamente identificadas, ni tampoco tiene que reparar a las víctimas.

En cuanto a los derechos de las víctimas, los ciudadanos alegan que *“Mientras las demás causales se aplican a delitos o personas identificadas en otros delitos, la causal diecisiete se aplica en abstracto a un conjunto de desmovilizados cuya única obligación es declarar que no ha cometido violaciones de derechos humanos sin que las víctimas tengan acceso a este procedimiento para controvertir su versión y sin que exista investigación ni identificación del beneficiario que permita igualmente controvertir las decisiones que afecten los derechos de las víctimas. Tampoco está prevista medida alguna para reparar a las víctimas”*.

Las anteriores insuficiencias, según los demandantes, tornan ambigua y oscura la causal de aplicación del principio de oportunidad, violándose de esta forma el artículo 250 Superior, el cual permite configurar causales precisas e inequívocas.

Insisten igualmente que la expresión empleada por el legislador *“pertenencia a la organización criminal”*, es ambigua por cuanto no describe realmente ningún delito. Atribuyen tal oscuridad, a la voluntad del Congreso de no emplear directamente la expresión *“concierto para delinquir”*, conducta

delictiva que ha sido considerada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como un delito común, y no político, y además como un crimen de lesa humanidad.

Sobre el particular, los demandantes agregan que *“los desmovilizados paramilitares investigados por concierto para delinquir agravado son responsables de crímenes de lesa humanidad y por lo tanto no pueden ser beneficiarios del principio de oportunidad. Esto es así porque los paramilitares reúnen los tres elementos definidos por la Corte Suprema de Justicia como necesarios para calificar de lesa humanidad el concierto para delinquir: que las conductas de la organización hayan incluido crímenes de lesa humanidad, que los integrantes sean voluntarios y exista conciencia mayoritaria por parte de los integrantes de la organización sobre los crímenes cometidos”*.

Así las cosas, según los demandantes, la figura establecida por el legislador configura realmente una amnistía encubierta, contraria a los derechos de las víctimas.

Así mismo recuerdan que, si bien la Corte Constitucional consideró que la ley de justicia y paz no equivalía a un amnistía, por cuanto finalmente se aplicaba una pena, en cambio con la Ley 1312 de 2009, *“El Estado renuncia a la persecución penal y la adjudicación de justicia”*. Además, *“obsérvese que el parágrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009 prevé la prohibición expresa de aplicar el principio de oportunidad a crímenes de lesa humanidad, razón de más para ratificar la ambigüedad e indeterminación de la norma demandada.”*

Explican igualmente los ciudadanos que, revisado el trámite que conoció el proyecto de ley en el Congreso de la República, se concluye que no se siguió aquél propio de las leyes de amnistía, motivo por el cual la causal de aplicación del principio de oportunidad es realmente una amnistía encubierta.

Citan posteriormente varios extractos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para concluir que *“el establecimiento del principio de oportunidad para los desmovilizados de grupos armados ilegales, en las condiciones anotadas, es contrario a la obligación estatal de luchar contra la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos, prevista por distintos instrumentos de derechos humanos”*.

Argumentan que igualmente, en virtud de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, así como garantizarle a las víctimas el acceso a un recurso judicial efectivo, en concordancia con los artículos 1 y 2 del mismo instrumento internacional. Las anteriores disposiciones resultarían vulneradas por la norma legal acusada.

En cuanto a la vulneración de los derechos de las víctimas, los demandantes alegan lo siguiente:

“La aplicación del principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley, en los términos de la ley 1312 de 2009, sin que exista una declaración sobre los hechos en los que participó, que permita a las víctimas identificar a los victimarios y controvertir su versión, desconoce el derecho a la participación de las víctimas, el acceso a la justicia, a conocer la verdad de los hechos y obtener una reparación integral; asimismo, la ausencia de una declaración de los desmovilizados vulnera el derecho a la verdad histórica de la sociedad pues se trata de confesos desmovilizados provenientes de un escenario de conflicto armado en el cual han sucedido innumerables hechos de violencia respecto de los cuales la sociedad colombiana tiene derecho a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar”.

Más adelante señalan lo siguiente:

“La inexistencia de una declaración de los victimarios no permite esclarecer si se trata o no de violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, de manera que resulta un contrasentido de la ley, establecer por una parte, la aplicación de un beneficio que a su vez está prohibido para violaciones del derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, si por otra parte no existe un mecanismo para determinar si los desmovilizados están o no incurso en ese tipo de conductas.

La falta de un procedimiento claro en el cual puedan participar las víctimas para identificar a sus victimarios, controvertir la versión dada por los desmovilizados, participar en la diligencias judiciales practicadas con ellos, ser escuchadas en el proceso, aportar y solicitar pruebas, entre otras facultades, configura una violación de los derechos de las víctimas porque el Estado renuncia a la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos, cometidas por los integrantes de los grupos beneficiarios con el principio de oportunidad”.

A manera de conclusión sobre este primer cargo afirman lo siguiente:

“En conclusión de lo anteriormente dicho puede afirmarse que (i) la causal acusada es equívoca y ambigua en contradicción con lo dispuesto por el artículo 250 de la Constitución Política que establece el modelo de principio de oportunidad reglada; (ii) esa ambigüedad está dada en la indefinición de aspectos estructurales que cualquier causal de principio de oportunidad debe tener, como la definición de los delitos a los cuales se aplica y la existencia de parámetros normativos objetivos que eliminen la discrecionalidad del fiscal a la hora de aplicar el principio de oportunidad, así como la posibilidad de participación de las víctimas en un proceso penal determinado; (iii) la redacción equívoca e imprecisa de la causal diecisiete genera la existencia de una amnistía encubierta en contravía de lo dispuesto por el artículo 150 No. 17 de la Constitución Política que exige quórum calificado para la aprobación, requiere aplicarse a delitos exclusivamente políticos pero como el concierto para delinquir no es un delito político sino un crimen de lesa humanidad, no son procedentes figuras de amnistía, indulto o cualquier otra eximente de responsabilidad; finalmente, (iv) la existencia de las referidas ambigüedades y la consagración de una amnistía encubierta son elementos contrarios a la obligación estatal de carácter internacional para evitar la impunidad y por eso también se presenta una violación de los derechos de las víctimas porque el Estado renuncia a la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, generando con esto un escenario injustificado de impunidad que debe ser revertido por la Corte Constitucional en cumplimiento de su función de guardiana de la supremacía e integridad constitucional”.

Por otra parte, en relación con el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, los ciudadanos alegan un cargo por “*omisión legislativa relativa*”, por cuanto, a su juicio, se presenta una “*exclusión injustificada del concepto de “graves violaciones de derechos humanos” de la norma, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad a estas conductas*”.

En tal sentido, estiman los ciudadanos que el segmento normativo acusado desconoce los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Al respecto, aseguran que la restricción a la aplicación del principio de oportunidad a las “*graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio*”, excluye de manera injustificada las graves violaciones a los derechos humanos no comprendidas dentro de tales categorías, “*de manera que la norma acusada permite aplicar el principio de oportunidad a graves violaciones de derechos humanos previstas en el derecho internacional de los derechos humanos*”.

Explican al respecto que “*podemos concluir que no toda violación de derechos humanos puede ser considerada como un crimen de lesa humanidad y por tanto, válidamente, la defensa de los beneficios del principio de oportunidad podrían solicitar la aplicación de este mecanismo sobre graves violaciones de derechos que no constituyen crímenes de lesa humanidad*”.

En tal sentido, explica que el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, que no incluye dentro de la prohibición para aplicar el principio de oportunidad, a las graves violaciones de derechos humanos, permitiendo con eso la impunidad en estas conductas, reguladas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Aseguran igualmente que algunas violaciones de derechos humanos pueden coincidir con conductas propias de los crímenes de *lesa humanidad*, pero otras corresponden al concepto más amplio de “*violaciones graves de derechos humanos*”. Así por ejemplo, el asesinato se encuentra proscrito por el Estatuto de Roma de la CPI, pero también está prohibido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la discriminación racial se encuentra prohibida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, e igualmente, en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI. Otro tanto sucede con la violencia sexual contra la mujer.

Agregan que “*las violaciones graves de derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, sin los elementos de sistematicidad y generalidad para configurar crímenes de lesa humanidad, podrían ser objeto de aplicación del principio de oportunidad*”.

Así las cosas, concluyen afirmando que “*el trato discriminatorio de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos se presenta en relación con la norma demandada porque mientras las demás víctimas de otras categorías de violaciones de derechos humanos como los crímenes de lesa humanidad cuentan con mecanismos legales para evitar la impunidad de los hechos, las primeras enfrentan el riesgo cierto de que sus casos sean cerrados por aplicación del principio de oportunidad que favorece a los victimarios*”.

Finalmente, solicitan que el fallo de inexequibilidad tenga efectos retroactivos.

IV. INTERVENCIONES DE ENTIDADES OFICIALES.

1. Ministerio del Interior y de Justicia.

Ana Beatriz Castelblanco Burgos, actuando en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequibles las expresiones acusadas.

Así, en cuanto al numeral 17 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, explica que no le asiste razón a los demandantes toda vez que realmente la causal de aplicación del principio de oportunidad no resulta ser ambigua o confusa por cuanto se trata de una manifestación de voluntad *“que no admite duda o equivocación, no le queda margen alguno al Fiscal General sobre si se da la condición exigida en la ley para aplicar el principio de oportunidad en el caso objeto de análisis, como tampoco implicará ambigüedad para el juez de control de garantías”*.

De igual manera, en relación con la indeterminación del victimario y del delito, explica que está dada por la condición de *“desmovilizado de un grupo armado al margen de la ley”* y de hechos realizados con ocasión de la pertenencia a dicho grupo, distintos de los que expresamente se excluyen por el mismo artículo 2 de la ley 1312 de 2009, esto es, tráfico de estupefacientes, terrorismo, hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, etc.

Explica que tampoco se configura un indulto o amnistía por cuanto *“ni la causal, ni los victimarios ni los delitos son indeterminados y, en segundo lugar, porque no es cierto que los responsables de delitos de lesa humanidad resulten beneficiados con el principio de oportunidad, pues al contrario, los actos que impliquen tales delitos están expresamente excluidos de la aplicación de dicho principio en la norma demandada”*.

A su vez, en relación con el párrafo 3 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, asegura que *“examinando los antecedentes legislativos del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, en su integridad, se observa que la redacción que se le dio al mismo, tanto en su parte inicial como a sus párrafos, tiene la intención de incluir la exclusión del principio de oportunidad a los casos de graves violaciones de derechos humanos, lo cual desvirtúa la acusación de los accionantes en este sentido”*.

2. Defensoría del Pueblo.

Fernando Iregui Camelo, actuando en representación de la Defensoría del Pueblo, interviene en el proceso de la referencia, para solicitarle a la Corte declarar la inconstitucionalidad del numeral 17 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, por vulnerar los artículos 29 y 250 Superiores. De igual manera, pide a la Corte declarar exequible el párrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, en el entendido de que la proscripción allí establecida se aplica para las graves violaciones a los derechos humanos.

Inicia la Defensoría del Pueblo por señalar que los argumentos esgrimidos por los demandantes, en el sentido de que la causal de aplicación del principio de oportunidad configura una *“amnistía encubierta”*, responde a una consideración política, antes que configurar un verdadero cargo de inconstitucionalidad contra el numeral 17 del artículo 150 Superior.

Agrega que no se están examinando delitos políticos (ni rebelión, sedición o asonada) y sí, en cambio, se contemplan delitos comunes (utilización ilegal de uniformes e insignias, porte ilegal de armas y uniformes). Otra cosa es que, en opinión de los actores, se esté intentando disfrazar el concierto para delinquir agravado como delito político para darle cabida a una amnistía. Además, no se trata de un perdón generalizado para todos los desmovilizados, sino de un beneficio jurídico, así sea para un grupo considerable de aquéllos.

Así las cosas, a juicio de la Defensoría del Pueblo, no se estructura un cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 150.17 Superior.

En cuanto al numeral 17 del artículo 324 del CPP, el interviniente sostiene que *“no comparte la argumentación sobre este aspecto, puesto que considera que la atribución de configuración normativa; (i) no limita el uso exclusivo de la institución para el beneficio de los individuos en particular, pudiendo otorgarse a integrantes de grupos armados ilegales; (ii) tampoco condiciona la procedencia de la figura jurídica a la existencia de una declaración como la aludida; y (iii) no vulnera los derechos señalados ya que, como lo dispone el artículo 250 constitucional y una lectura sistemática de la norma como parte del articulado del libro II, Capítulo III, Título IV, de la Ley 906 de 2004 que desarrolla el principio de oportunidad penal, no procede ante graves violaciones de derechos humanos, ni se debe pretermitir la consideración de los derechos e intereses de las víctimas en su aplicación”*.

No obstante lo anterior, precisa que *“si bien es cierto que en ejercicio de la facultad de configuración legislativa, el Congreso puede considerar válida la procedencia del principio de oportunidad, con el propósito de definir la situación jurídica de miles de desmovilizados a quienes resulta reprochable el que hayan integrado una organización criminal pero sobre los cuales no existen procesos penales en contra y, por tanto, no aparecen víctimas a quienes deba reparar, la falta de precisión de la norma acarrea su inconstitucionalidad”*.

Comparte por tanto la Defensoría la apreciación de los demandantes, en el sentido de que la norma, tal y como está redactada, presenta una enorme ambigüedad, lo cual afecta su constitucionalidad.

Por último, el interviniente considera que la Corte debe condicionar el parágrafo 3 del literal 17 del artículo 324 del CPP, por cuanto el mecanismo del principio de oportunidad tiene un carácter excepcional, debiendo aplicarse en función de imperativos de política criminal del Estado y respecto de delitos de menor impacto, pero nunca en relación con graves violaciones a los derechos humanos.

3. Ministerio de Relaciones Exteriores.

Leonor Alarcón Barrera, actuando en representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

Indica que el principio de oportunidad se encuentra en la regulación contenida en el Estatuto de Roma de la CPI, en varios apartes, desde aquellas circunstancias que no redundarían en interés de la justicia, hasta decisiones de solicitar o no la apertura del proceso, la solicitud de medidas restrictivas de la libertad, en los casos de los delitos sexuales en su factor probatorio y la presentación de cargos, entre otros. De allí que *“el principio de oportunidad, lejos de estar ausente de la regulación internacional, se encuentra regulado y reconocido en el Estatuto de Roma que, como bien se sabe, es un estándar internacional, es decir, un mínimo y no un tope de protección”*.

Luego de adelantar algunas consideraciones generales acerca del principio de oportunidad, concluye diciendo que *“la disyuntiva entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad reglado, sería precisamente en el ámbito de la política criminal y no simplemente penal o punitiva, de lo que surge una redefinición de lo que se entiende por impunidad. Se dice que este principio no es nuevo en el*

mundo jurídico porque se ha implementado en países en que se ha implementado el sistema penal acusatorio".

4. Fiscalía General de la Nación.

Guillermo Mendoza Diago, Fiscal General de la Nación (e), interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

Indica el interviniente que la exigencia de claridad y precisión en el diseño de las causales legales de aplicación del principio de oportunidad no resulta contradictoria con el reconocimiento de algún grado, aunque sea mínimo, de discrecionalidad al fiscal para evaluar si, en el caso concreto, debe aplicarse o no dicho principio.

Explica que la norma acusada no incurre en un grado de ambigüedad e indeterminación, en contradicción explícita de los requisitos previstos en el artículo 250 Superior para establecer principio de oportunidad, *"toda vez que en providencias referidas a los postulados de la ley 975 de 2005 (ley de justicia y paz) la misma, en relación con la norma acusada, fue concebida como un instrumento encaminado a lograr la reconciliación y a facilitar los procesos de paz"*.

Agrega que, contrario a lo sostenido por los demandantes, la norma acusada no crea un espacio de impunidad, por cuanto la misma ley ha previsto que la víctima tiene derecho a ser escuchada por el fiscal, así como por el juez de control de garantías, dentro del trámite de aplicación del principio de oportunidad.

Finalmente concluye afirmando que *"de la jurisprudencia anteriormente referida, comentada y trascrita, puede concluirse que la aplicación del principio de oportunidad no impide que el Estado ponga en funcionamiento los mecanismos necesarios para obtener la reparación de los perjuicios causados a las víctimas del delito, incluyendo las graves violaciones de derechos humanos, así como tampoco, se trata de una amnistía encubierta, dadas las especiales consideraciones de aplicación descritas en la norma acusada y sus causales"*.

5. Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas.

El ciudadano Frank Pearl, Alto Consejero para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

En relación con la expresión *"manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad"*, explica que el proceso de desmovilización se puede describir como un modelo de atención individual especializado, conformado por tres etapas: (i) desmovilización; (ii) asistencia psicosocial y educación; e (iii) ingreso a la vida laboral y plan de negocios.

Luego de explicar cada uno de los anteriores pasos, agrega que *"la reintegración debe ser entendida como un proceso dialéctico e integral entre las personas desmovilizadas y las comunidades receptoras con la participación de una serie de facilitadores que intervienen en aras de la construcción de espacios de participación y reconciliación. La permanencia activa de más de 30.700 desmovilizados que hoy día adelantan su ruta de reintegración bien puede ser tomada en cuenta como"*

una prueba suficiente de su voluntad de abandonar los grupos ilegales y desarrollar nuevas habilidades y competencias que les permita reintegrarse a la sociedad como ciudadanos en ejercicio de derechos y deberes”.

A continuación, señala que los elementos constitutivos del punible de concierto para delinquir son: (i) la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; (ii) que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y (iii) la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad jurídica.

Con base en lo anterior sostiene que *“la conducta punible en comento se consuma con el solo acuerdo de voluntades de quienes conforman la organización, se trata entonces de un delito autónomo que como tal no requiere la realización previa, paralela o posterior de otras conductas que tipifiquen otros delitos para que se entienda materializado, lo que se explica en la medida en que se entiende que el peligro para la colectividad surge desde el mismo instante en que se conforma la organización delictiva”.*

De igual manera, el interviniente no comparte la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en relación con la calificación en términos de crimen de lesa humanidad del concierto para delinquir agravado por cuanto:

“De contera es de subrayar que conforme los argumentos dispuestos por la H. Corte Suprema de Justicia al definir el concierto para delinquir conforme la circunstancia de agravación del inciso 2 del artículo 340 del Código Penal, como un delito de lesa humanidad, no se trata de una definición propia contenida en la legislación nacional o tipificada en los tratados y convenciones sobre derecho internacional de los derechos humanos o derecho internacional humanitario, ratificados por el Gobierno Nacional, atendiendo a una problemática que desvirtúa el principio de proscripción de responsabilidad objetiva, que puede ser y constituye de hecho una anticipación de la punibilidad, en la medida en que prácticamente se funda en la punición del fuero interno, del estado previo a la comisión de cualquier conducta.

(...)

La Sala Penal dentro del fallo de la referencia cita toda clase de instrumentos internacionales, interpretándolos de forma abierta, y los cuales dentro de su irrestricto sentido no configuran como delito de lesa humanidad el concierto para delinquir, ni la mera asociación para delinquir. En los mismos, se hace referencia a formas de participación en las conductas criminales, que pueden llegar incluso a la sanción de formas de participación de diversas personas en la conducta delictiva, pero que no constituyen sanciones a la mera asociación”.

De allí que, en su concepto, *“mal se haría dentro de los procesos de justicia transicional como instrumento para la consecución de la paz en la sociedad, hacer más gravosa la situación jurídica de quienes se desmovilizaron bajo el marco de los acuerdos y negociaciones con el Gobierno Nacional, realizando una interpretación extensiva de las conductas delictivas por ellos cometidas”.*

Así mismo, insiste en que no pueden confundirse las figuras de la amnistía con aquella del principio de oportunidad, por cuanto en cada una de ellas intervienen distintas ramas del poder público.

De igual manera, considera el interviniente que no debe prosperar el cargo de inconstitucionalidad planteado contra el párrafo del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., por cuanto *“si las operaciones ejecutadas por los grupos armados organizados se dirigen sistemáticamente contra personas y bienes que no constituyen objetivos militares, para efectos de la responsabilidad individual de sus miembros, las conductas ejecutadas en ese contexto de violencia al mismo tiempo que pueden configurar crímenes de guerra, constituyen delitos de lesa humanidad, genocidio, violaciones graves de derechos humanos e incluso delitos comunes si se dan los presupuestos para ello”*.

Insiste igualmente el interviniente en que los procesos de paz se adelantan con base en el principio de confianza legítima, ya que *“estos beneficios no solamente se otorgaban a los desmovilizados individuales sino también a los colectivos que venían suscribiendo los acuerdos de paz con el Gobierno Nacional, los beneficios concedidos por las normas previamente señaladas daban unas prerrogativas en cabeza no sólo de las personas individualmente consideradas sino también de los diferentes colectivos humanos y como consecuencia de la sociedad que en el momento se encontraba afrontando dichos procesos de paz”*.

Concluye el interviniente afirmando lo siguiente:

“La situación que afrontas (sic) las personas en proceso de reintegración, hoy día, dada la inestable definición de su situación jurídica frente al Estado, conlleva en la práctica a lo siguiente:

- Desmotivación en los desmovilizados que están en proceso de reintegración y que no han recibido el beneficio jurídico.
- Desestimula la desmovilización de más personas que permanecen vinculadas a los grupos ilegales.
- Perjudica la confianza en el Estado, factor fundamental en futuras desmovilizaciones.
- Perjudica los procedimientos penales en contra de los desmovilizados, en razón de su declaración de pertenecer a un grupo armado ilegal fue originada por la firme convicción de que el Estado garantizaría su libertad y la posibilidad de adelantar un proceso de reintegración social y económica.
- Expone la integridad del proceso de reintegración, toda vez que se han presentado casos en los que algunos participantes del proceso de reintegración son capturados durante el desarrollo de las actividades que lo ha comprometido la ACR.
- Actualmente las personas que tienen definida su situación jurídica reciben beneficios socioeconómicos en igualdad de condiciones, con el fin de reducir su vulnerabilidad económica y efectivamente se reintegren a la vida en sociedad como cualquier ciudadano.
- La ausencia de un procedimiento legal que defina la situación jurídica del participante del proceso de reintegración lo expone a ser objeto de reclutamiento de nuevos grupos organizados al margen de la ley.
- Fortalece la conciencia de grupo excluido, que afecta el proceso de reintegración”.

V. INTERVENCIONES CIUDADANAS.

1. Universidad de los Andes

El ciudadano Oscar José Celedón Ruiz, actuando en representación de la Universidad de los Andes, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte “*se decrete frente al primer cargo la constitucionalidad condicionada del aparte de la norma demandada, bajo el entendido que la expresión organización criminal no es una conducta típica y sólo cubre a aquellas personas desmovilizadas que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley sólo participaron en la comisión de los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones, no cursando en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización; mientras que para el segundo cargo, se declare la constitucionalidad del párrafo 3º del artículo 2º de la ley 1312 de 2009, por no existir omisión legislativa relativa sobre el concepto de graves violaciones de derechos humanos, no contrariando la Constitución Política de Colombia*”.

En cuanto a la vaguedad que presentaría la causal de aplicación del principio de oportunidad, señala el interviniente que “*no sería necesario un referente normativo objetivo que permita determinar cuándo y bajo qué condiciones se presenta un acto inequívoco de reintegración a la sociedad, porque bastaría el libre consentimiento del desmovilizado que no tiene cuentas pendientes con la justicia de someterse ante un juez de control de garantías que legalice el cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma*”.

Agrega que la redacción de la norma no sería contraria a la Constitución si la intención del legislador no era equiparar la expresión “organización criminal como delito autónomo (concierto para delinquir)”, sino como expresión de un grupo armado al margen de la ley cuyos miembros participaron única y exclusivamente en la presunta comisión de delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones, claramente referenciadas a las personas desmovilizadas ajenas a investigaciones penales y que pueden resultar beneficiadas de la aplicación del principio de oportunidad, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por la norma en cuestión.

Sostiene igualmente que no es cierto, como lo afirman los demandantes, que se exima a los desmovilizados de rendir una declaración que permita a las víctimas garantizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral, dado que la norma establece en su inciso 4 que aquél deberá firmar una declaración, bajo la gravedad del juramento, en la que afirme no haber cometido un delito diferente de aquellos establecidos en la causal, so pena de perder el beneficio. Así pues, si el desmovilizado oculta, calla u omite información que lo compromete penalmente, perderá dicho beneficio y, al no encontrarse incluido en la ley de justicia y paz, será procesado por la justicia ordinaria.

Por último, en relación con la alegada inconstitucionalidad por omisión relativa, el interviniente sostiene que “*no habría inconstitucionalidad porque la protección a la violación grave de los derechos humanos no encontraría restricción sobre los bienes jurídicos amparados por ciertos delitos descritos en algunos tipos penales del Código Penal, y en otros tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado Parte*”.

2. Centro Internacional para la Justicia Transicional.

Michael Reed Hurtado, actuando como ciudadano y representante legal en Colombia del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ); Camilo Ernesto Bernal Sarmiento, Paola Andrea Rosero Jiménez y Lily Andrea Rueda Guzmán, intervienen en el proceso de la referencia, a efectos de coadyuvar la demanda ciudadana.

Los intervinientes, luego de realizar un detallado análisis de la obligación internacional de investigar y sancionar a todos aquellos que han perpetrados graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, insisten en la existencia de unos límites internacionales al momento de otorgar beneficios jurídicos a los excombatientes tales como las amnistías y los indultos. Al respecto, citan numerosos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pasan a explicar en qué consisten los llamados “*crímenes de sistema*”. Sobre el particular, explican que se trata de una manifestación de criminalidad organizada, calificada por políticas o prácticas oficiales, y caracterizada por involucrar un *continuum* de poderes e intereses, ocultando a los responsables superiores. Se trata de delitos que implican una detallada división del trabajo con la finalidad de compartimentación y ocultamiento de responsables de los eslabones más elevados.

No se trata, según sus palabras, de una nueva categoría dogmática, ni sustitutiva de la tipificación de los crímenes internacionales, como son los crímenes de lesa humanidad y de guerra. De hecho, los crímenes de sistema se ven acogidos por la definición que trae el Estatuto de Roma de la CPI de los crímenes de *lesa humanidad*.

Argumentan igualmente que los criterios que deben guiar una investigación sobre los crímenes de sistema implica: (i) respaldo por un compromiso político claro; (ii) estrategia para asumir los desafíos de la judicialización; (iii) capacidad y habilidad técnica; (iv) atención integral a víctimas; (v) comprensión clara del derecho aplicable; y (vi) promoción y fortalecimiento de la judicialización nacional.

De igual manera, explican que la experiencia internacional ha mostrado que se puede presentar el reto de contar con miles de personas involucradas en los crímenes, no pudiendo ser investigadas en su totalidad, asunto que implica tomar decisiones transparentes sobre qué crímenes y cuáles autores investigar. Para tales fines, se debe realizar un mapeo previo, antes de diseñar una estrategia, tomando en cuenta el universo de sospechosos y de víctimas, y desarrollar mecanismos para comunicar y explicar de manera pública los propósitos y estrategias de las políticas de persecución.

Pasan los intervinientes a realizar algunas apreciaciones acerca de la experiencia comparada, es decir, las lecciones aprendidas en torno a la renuncia de la acción penal frente a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.

Luego de analizar lo sucedido en Argentina y Sudáfrica, afirman que “*estas experiencias disímiles entre sí, muestran que la necesidad de justicia de las víctimas y la sociedad no se suspende ni se apacigua con el tiempo, y que por el contrario, la necesidad de judicializar las atrocidades del pasado de forma completa y acabada, evitando los atajos, es la manera correcta de avanzar hacia la reconciliación de las sociedades fracturadas por la violencia. Una lección, en definitiva, de que el pasado no perdona*”.

Adelantan luego los intervinientes un examen acerca de los antecedentes que llevaron a la expedición de la norma acusada, señalando que “*hasta la fecha, no existe ninguna voluntad política*

de someter a estos desmovilizados a la justicia, promoviendo por el contrario que se asuma de manera tácita una presunción de derecho, casi incontestable, en relación con el no involucramiento de estos antiguos actores armados en cualquier vulneración grave de los derechos humanos, crímenes de guerra y de lesa humanidad que realizaron las estructuras armadas a las que pertenecían”.

En cuanto al total de desmovilizados relacionados con la aplicación del principio de oportunidad, los ciudadanos explican que *“al momento en que se tramitó el proyecto de ley que promovió la reforma a la aplicación del principio de oportunidad, solamente el 11% de los desmovilizados fueron postulados a la ley de justicia y paz, mientras que el 34% de los desmovilizados se beneficiaron de amnistías e indultos previstos en la ley 782 de 2002. Frente al 55% restante se pretende la aplicación del principio de oportunidad. Esto significa en números totales que el 89% del total de los desmovilizados de la época no fueron investigados debidamente por el Estado”.*

Con base en las anteriores cifras, los intervinientes se plantean si resulta creíble que sólo los 3.270 postulados que se acogieron a la ley de justicia y paz sean los únicos responsables de los crímenes de lesa humanidad cometidos por los paramilitares.

Sostienen asimismo que la aplicación del principio de oportunidad no está precedida por una investigación judicial rigurosa del historial delictivo de los desmovilizados a los cuales se pretende beneficiar con la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal. De tal suerte que, tal y como está concebida la causal del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., *“se convierte en un instrumento normativo que entrega de forma encubierta una amnistía impropia a favor de los excombatientes de organizaciones criminales que no son investigados, promoviendo la impunidad de los delitos por éstos cometidos y denegando de este modo, la realización de los derechos de las víctimas”.*

De igual manera, sostienen que la disposición acusada se encuentra estructurada de forma tal que no regula de manera adecuada la labor de la Fiscalía para la aplicación del principio de oportunidad, permitiendo el ejercicio de una actividad completamente discrecional.

Al respecto, agregan que la expresión *“haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad”* es absolutamente abierta y concede un amplísimo margen de discrecionalidad a la Fiscalía, contrariando de esta forma lo previsto en las sentencias C- 673 de 2005 y C- 095 de 2005.

Así mismo, estiman que es contradictoria la norma al señalar que *“no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal”*, si se supone que con el acto de desmovilización el excombatiente se comprometió con el Gobierno Nacional a no reincidir en nuevas actividades delictivas.

Aunado a lo anterior, alegan que la causal demandada permite la aplicación al principio de oportunidad para un delito que no existe, por cuanto la *“pertenencia a la organización criminal”*, no se encuentra tipificada como delito autónomo. Además, en su concepto, *“es un contrasentido establecer que dos tipos penales autónomos están incluidos en otro que no existe. La utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones no son conductas que se subsuman o que se entiendan incluidas siempre y en todos los casos en la pertenencia a una organización criminal. Se trata de dos tipos penales autónomos de acuerdo con la regulación en el Código Penal: tráfico y porte de armas de fuego o municiones, art. 365 del CP; utilización ilegal de uniformes e insignias, art.346 del CP”.*

3. Comisión Colombiana de Juristas.

Los ciudadanos Humberto Sánchez Verano, Fátima Esperanza Calderón y Juan Camilo Rivera Rugeles, integrantes de la Comisión Colombiana de Juristas, intervienen en el proceso de la referencia, a efectos de coadyuvar la demanda ciudadana.

Luego de examinar el contenido del deber estatal de investigar, juzgar y sancionar violaciones de derechos humanos, así como su relación con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, sostienen que la regulación acusada del principio de oportunidad sobrepasa los límites internacionales que vinculan al legislador interno en la materia.

Al respecto, afirman que se puede recurrir al principio de oportunidad para casos en que (i) la falta de persecución penal no afecte de manera desproporcionada los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; y (ii) se encuentren previstos en la ley. Lo anterior significa que el mencionado principio no puede ser una excusa para que el Estado renuncie a sus deberes de investigación y sanción en casos de violaciones de derechos humanos.

En cuanto al caso concreto, consideran que existen, al menos, dos razones por las cuales la norma acusada es contraria a la Constitución. Por una parte, no establece de manera clara cuáles son las condiciones que debe cumplir un desmovilizado que pretenda beneficiarse del principio de oportunidad; por la otra, tampoco garantiza que el Estado investigue, juzgue y sancione las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por los desmovilizados.

Agregan que la regulación de las audiencias colectivas evidencia que no es necesario que el fiscal del caso identifique cada una de las conductas cometidas por los desmovilizados ni tampoco su grado de responsabilidad. De igual manera, no se prevé que la aplicación del principio de oportunidad se condicione a que los desmovilizados cumplan con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Por el contrario, *“tan sólo consagra una débil garantía al respecto, al obligar al desmovilizado a firmar una declaración bajo la gravedad del juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal. La Fiscalía no está obligada a corroborar la veracidad de la declaración, lo cual le resta seriedad a la investigación penal”*.

De igual manera, comparte la postura de los demandantes en relación con el parágrafo 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, por cuanto *“es claro que el deber reforzado de investigar, juzgar, sancionar y reparar las conductas que constituyen infracciones a los derechos humanos no se limita a aquellas que puedan ser consideradas delitos de lesa humanidad, sino que se extiende a todas aquellas infracciones que puedan ser consideradas graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Dicho en otras palabras, la limitación a la aplicación del principio de oportunidad debió haber sido consagrada no solamente para una clase de violaciones graves a los derechos humanos (i.e. todas las conductas que constituyan delitos de lesa humanidad) sino que debió incluir al género completo de las graves violaciones a los derechos humanos, el cual abarca un mayor número de conductas”*

Así las cosas, en su concepto, *“los dos grupos de conductas, estas son los delitos de lesa humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, debieron haber sido cobijadas por la norma legal que impide que frente a ellas se ejerza la excepción al deber de denuncia, con lo cual consideramos que se demuestra que la omisión del legislador carece de un principio de razón suficiente”*.

4. Andreas Forer, Claudia López Díaz, Jorge Errandonea, Diego Andrés González Medina y Juan Pablo Cardona Chávez.

Los ciudadanos Andreas Forer, Claudia López Díaz, Jorge Errandonea, Diego Andrés González Medina y Juan Pablo Cardona Chávez, intervienen extemporáneamente en el proceso de la referencia, para solicitarle a la Corte declarar exequible el numeral 17 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009 y exequible el párrafo 3º del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, bajo el entendido de que el principio de oportunidad tampoco se podrá aplicar en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos.

Comienzan por señalar que los demandantes, si bien alegan acusar la totalidad del numeral 17 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, lo cierto es que sólo se refieren a las expresiones “*actos inequívocos*” y “*pertenencia a la organización criminal*”.

En cuanto al segmento normativo “*actos inequívocos*” estiman que no se trata de una expresión indeterminada, ambigua o que abra un margen de discrecionalidad amplísimo para el fiscal, y consecuentemente, para el juez de control de garantías, por las siguientes razones:

“i) El lenguaje jurídico admite por definición cierto grado de indeterminación, de manera que las expresiones empleadas por el legislador en ejercicio de su poder de configuración demandan la interpretación de los funcionarios llamados a aplicarlas en aras de lograr el sentido y alcance suficiente que el tenor literal *per se* no consigue.

ii) La norma acusada no puede observarse como aislada del resto del ordenamiento jurídico, por el contrario, en aplicación de un criterio sistemático de interpretación que reconoce la integridad del orden normativo, debe tenerse presente que la causal alude expresamente a un proceso de desmovilización de una persona perteneciente a un grupo armado organizado al margen de la ley, procedimiento regulado de manera detallada en la Ley 782 de 2002, y en su decreto reglamentario 128 de 2003.

Así las cosas, en armonía necesaria con tales reglamentaciones, y tal como lo establece la causal demandada, “en los términos de la normatividad vigente”, los cuestionados “actos inequívocos” que valorará el Fiscal para decidir sobre la aplicación del principio de oportunidad, se encuentran predeterminados y definidos en etapas anteriores al momento en el que el caso llega a su conocimiento, de suerte que el Fiscal y el Juez de control de garantías podrán comprobar con un ejercicio simple de verificación de tales requisitos, si el desmovilizado los cumple y, en tal caso, proceda la aplicación del principio de oportunidad.”

Así las cosas, concluyen los intervinientes sosteniendo que, por razones relativas a la naturaleza del lenguaje jurídico, la integralidad del ordenamiento y la lógica formal, la expresión “actos inequívocos” no es en sí misma inconstitucional, por cuanto no desconoce el carácter reglado, la claridad, la taxatividad y precisión de las causales de aplicación del principio de oportunidad.

Por otra parte, en cuanto a la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, consideran que tampoco es ambigua, por las siguientes razones:

“i) La expresión “*pertenencia a la organización criminal*” está precedida de otra frase que delimita su contenido para poder concluir que se refiere a una conducta punible en particular: “*no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal*”.

Del aparte subrayado se desprende una clara delimitación de la expresión acusada a un “delito” en concreto y del enunciado acusado no se puede inferir conducta diferente al “concierto para delinquir”, previsto por el artículo 340 del Código Penal colombiano.

Así, no es correcto inferir, como lo proponen los demandantes, que la expresión bajo examen sea ambigua o privilegie la discrecionalidad de los operadores involucrados en la aplicación y el control de legalidad del principio de oportunidad; por el contrario, claramente se infiere que la expresión demandada se refiere exclusivamente al delito de “*concierto para delinquir*”.

Más adelante, explican las razones por las cuales el delito de concierto para delinquir, no es crimen de lesa humanidad, por cuanto:

“Es preciso advertir que si bien es cierto dicho tipo penal ha sido considerado como el “delito base” en las actuaciones que se siguen contra los desmovilizados y postulados de la Ley 975 de 2005, se ha considerado necesaria la imputación e inclusión en la formulación de cargos del delito de concierto para delinquir en aras de conocer, determinar y comprender el origen, las razones por las cuales se crearon estos Grupos Organizados al Margen de la Ley (GAOML), sus fuentes de financiación, estructura de poder interna, móviles, modelo delictivo del grupo, órdenes impartidas, planes criminales, víctimas, *modus operandi*, y lugares donde actuaron, entre otros aspectos, también es cierto que es un error que éste delito ostenta la calidad de lesa humanidad.”

Lo anterior por cuanto:

“En primer lugar, en ningún instrumento de derecho internacional, incluidos los Estatutos de los Tribunales Especiales para Nüremberg, ex Yugoslavia o Ruanda, de la Corte Especial para Sierra Leona, o de la Corte Penal Internacional, ni de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, el delito de concierto para delinquir es considerado, en cualquiera de sus modalidades, como delito de lesa humanidad.

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia utiliza para la definición de crimen de lesa humanidad el Estatuto de Roma. Sin embargo, no tiene en cuenta que según el artículo 25 apartado 3 d) de dicho Estatuto, la mera pertenencia a un Grupo Organizado al Margen de la Ley, no fundamenta la responsabilidad criminal por crimen de lesa humanidad. En efecto, en el Estatuto de Roma rige el principio de accesoriedad, es decir, se requiere una conducta punible consumada o por lo menos una conducta en grado de tentativa, para que ella pueda ser conocida por la Corte Penal Internacional.

En tercer lugar, la interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resulta discutible, pues por el sólo hecho de que se incluya la palabra “asociación” antes de un delito considerado de lesa humanidad por los convenios o tratados internacionales por ella misma citados, no implica la inclusión de este delito dentro del catálogo de lesa humanidad, simplemente alude a una forma de participación en la comisión de la conducta punible. Con esta interpretación se confundiría el delito de concierto para delinquir con una de las formas de participación criminal.

En cuarto lugar, la figura del concierto para delinquir del derecho colombiano, - es decir, la punibilidad de actos preparatorios para la comisión de conductas punibles- se encuentra en el derecho penal internacional bajo la figura de la “conspiracy”, donde una conducta consumada

o tentada es la condición para la punibilidad. Es más, después de un debate intensivo de los delegados de la Conferencia de Roma, decidieron no adoptar el crimen de “conspiracy” al Estatuto de Roma.

Por lo tanto, la conspiración, es decir, el concierto para delinquir, no está contemplado en el Estatuto de Roma como crimen de lesa humanidad, sino que se alude a una forma de participación según su artículo 25.3 d).”

A continuación, luego de traer a colación diversas decisiones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, los intervinientes afirman que ninguno de estos órganos internacionales ha sostenido que el concierto para delinquir constituya un crimen *de lesa humanidad*.

Agregan que la amnistía y el principio de oportunidad “*tienen una naturaleza diferente (legislativa en el caso de las amnistías y judicial en el principio de oportunidad), sin embargo, pueden tener, la misma consecuencia (extinción de la acción penal). Adicionalmente, las amnistías se encuentran sometidas a requisitos menos estrictos para su aplicación, de manera que, si el DIH admite un beneficio tan indulgente con ellas, no habría razón para pensar que prohíba la aplicación de un instrumento reglado, precedido de una investigación y que admite la participación de las víctimas, en desarrollo de la audiencia de control de legalidad, como el principio de oportunidad*”.

Sostienen igualmente que la norma acusada no está desconociendo los estándares internacionales, por cuanto la Fiscalía parte simplemente de un hecho conocido: la desmovilización de un individuo. Así que, en un primer momento, no se conocen víctimas ni actos criminales diferentes al concierto para delinquir. A partir de allí, y cumplidos los requisitos para reintegrarse a la vida en sociedad, el órgano de investigación deberá adelantar las pesquisas que conduzcan a determinar si el desmovilizado cometió otros crímenes.

Con base en lo anterior, afirman que “*la **convocatoria** a las víctimas eventuales para que puedan participar de la audiencia, en aras de satisfacer los estándares internacionales en la materia, deberá contar con una convocatoria adecuada que tenga en cuenta –entre otros- la zona geográfica en la cual actuaba el grupo al cual pertenecía el desmovilizado, y para tal efecto deberá recurrirse a los medios de difusión que aseguren su conocimiento por parte de las mismas (utilizando los medios pertinentes en cada caso)*”.

Finalmente, consideran que les asiste razón a los demandantes cuando sostienen que el párrafo tercero del numeral 17 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, adolece de una inconstitucionalidad por omisión relativa, motivo por el cual estiman que se debe agregar la expresión “*graves violaciones a los derechos humanos*”.

VI. DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS.

El Despacho del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, a quien correspondió inicialmente la sustanciación del proceso, mediante auto del 11 de agosto de 2010 decretó las siguientes pruebas:

“1. ORDENAR que por Secretaría General se oficie al Señor Fiscal General de la Nación, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación, se sirva rendir un informe detallado acerca de los siguientes aspectos:

1. Número de desmovilizados que hasta la fecha, en los términos del artículo 324.17 del C.P.P., han manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad.
2. Número de casos en los cuales los jueces competentes han aplicado la mencionada causal del principio de oportunidad.
3. Política criminal adoptada por la institución en materia de aplicación de la mencionada causal (número de fiscales asignados para tales casos, directrices en la materia, etc.).
4. Participación de las víctimas durante las audiencias de solicitud de aplicación del principio de oportunidad (art. 324.17 del C.P.P.) y existencia o no de mecanismos de reparación integral para aquéllas.

2. ORDENAR que por Secretaría General se oficie a la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación, se sirva rendir un informe detallado acerca de los siguientes aspectos:

1. Número de desmovilizados que hasta la fecha, con ocasión de la aplicación de la causal de aplicación del principio de oportunidad fijada en el artículo 324.17 del C.P.P, vienen siendo atendidos por la Entidad.
2. Políticas con que cuenta la Entidad para atender a la mencionada población reinsertada.

3. ORDENAR que por Secretaría General se oficie a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación, se sirva rendir un informe detallado acerca de los siguientes aspectos:

1. Existencia de mecanismos efectivos de reparación de las víctimas de los desmovilizados, a quienes se les aplique el principio de oportunidad regulado en el artículo 324.17 del C.P.P.
2. Número de víctimas que han sido indemnizadas en relación con los hechos cometidos por los desmovilizados beneficiados con la aplicación del mencionado principio.

En cumplimiento de la anterior providencia se allegaron al proceso los siguientes informes:

Informe de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNR)

Mediante oficio radicado en la Secretaría General de la Corte el 20 de agosto de 2010, Eduardo Pizarro Leongómez, Presidente de la CNRR, dio respuesta en los siguientes términos.

En lo que atañe a la *“Existencia de mecanismos efectivos de reparación de las víctimas de los desmovilizados, a quienes se les aplique el principio de oportunidad regulado en el artículo 324.17 del C.P.P.”*, respondió lo siguiente:

“Como se puede observar, esta nueva causal de procedencia del principio de oportunidad describe una particular situación: la de aquellas personas desmovilizadas a las que sólo es imputable el punible de concierto para delinquir (Artículo 340 C.P.), y por lo tanto, no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, siendo expreso por parte del legislador, que el beneficio puede revocarse en aquellos casos en los que el desmovilizado hubiere cometido otro tipo de delitos.

El delito de concierto para delinquir, tal y como lo indicó la Honorable Corte Suprema de Justicia, implica el acuerdo para cometer delitos, independientemente de los que se cometan. “El acuerdo, por sí solo, acarrea el poder del perjuicio traducido en la alarma social, es decir, que el objetivo de la organización criminal es poner en peligro la seguridad pública y la tranquilidad colectiva, bienes jurídicos que se pretenden proteger con la represión y castigo”.

En consecuencia, y dado todo lo anterior, no es posible afirmar que en las circunstancias previstas por el legislador existan víctimas concretas con derecho a la reparación, pues en el momento en que se demuestra la comisión de punible distinto al previsto en el artículo 340, deberá revocarse el beneficio y remitirse las actuaciones a la jurisdicción de justicia y paz, o a la jurisdicción ordinaria, cada una de las cuales tiene previsto en su desarrollo el incidente de reparación integral”.

A su vez, respecto a la pregunta acerca del *“Número de víctimas que han sido indemnizadas en relación con los hechos cometidos por los desmovilizados beneficiados con la aplicación del mencionado principio”*, contestó lo siguiente:

“El análisis estrictamente jurídico y las observaciones expuestas en la respuesta del numeral anterior, nos permitiría concluir, que atendiendo a las disposiciones legales objeto de examen de constitucionalidad por parte de la Corte, no es posible que existan víctimas de delitos cometidos por desmovilizados beneficiados con la aplicación del principio de oportunidad, que hayan recibido indemnización, pues tal hecho sería clara evidencia de la comisión de punible distinto al concierto para delinquir, debiendo generar la revocatoria del beneficio”.

Informe de la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas

Por su parte, la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, mediante escrito radicado en la Secretaría General de la Corte, respondió lo siguiente:

“En atención al oficio de la referencia, recibido por la Oficina Asesora de esta Alta Consejería Presidencial para la Reintegración el día 18 de agosto del año en curso, me permito informarle que carecemos de la información solicitada, pues por una parte, no somos competentes para definir o conocer acerca de la aplicación del principio de oportunidad, y de

otra parte, porque ser beneficiario de dicho principio no es un parámetro para acceder a los beneficios del programa de reinserción. En efecto, resulta oportuno precisar que las personas desmovilizadas ingresan al proceso de reintegración que acá lideramos siempre que hayan sido acreditadas como tal, ya sea por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas (Decreto 128 de 2003), por la lista elaborada por las personas que hayan sido reconocidas como tales por los miembros representantes de los grupos armados ilegales en el marco de negociaciones de paz, previa verificación del Alto Comisionado para la Paz (Decreto 3360 de 2003), o por sentencia judicial en la cual se reconozca la calidad de miembro de un grupo armado ilegal (Decreto 4760 de 2005)".

A renglón seguido, la mencionada Entidad adelanta un recuento de la "*Ruta de atención a la población en proceso de reintegración*".

Informe del Jefe de la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía General de la Nación

De igual manera, se recibió oficio proveniente del Jefe de la Unidad de Justicia y Paz, Luis González León, donde se da cuenta de las dificultades que existen para aplicar el principio de oportunidad a los desmovilizados. Sobre el particular informa lo siguiente:

"Al respecto, de manera atenta me permito informar que a partir de la expedición de la Ley 1312 de 2009 la Fiscalía General de la Nación realizó una evaluación de los requisitos establecidos en el numeral 17 del artículo 2, y el procedimiento que debía adelantarse conforme las previsiones de los artículos 3, 4 y 5 de la mencionada ley, identificando los aspectos relevantes que deben tenerse en cuenta para adelantar el correspondiente trámite.

Debe decirse inicialmente que en lo relacionado con los requisitos establecidos en el inciso primero del numeral 17 del artículo segundo de la ley a Ley 1312 de 2009, la Fiscalía General de la Nación se encuentra recolectando la información relativa a las investigaciones seguidas en contra de los desmovilizados por hechos distintos a su pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, su situación actual frente al proceso de reintegración y su postulación al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005.

De acuerdo con los reportes efectuados por las distintas autoridades sobre antecedentes y anotaciones que registran las personas desmovilizadas colectivamente, así como de los postulados a la Ley 975 de 2005, se tiene que a la fecha el número de personas a las que habría de iniciarse el trámite para la aplicación del principio de oportunidad es de 14.821.

Resulta importante señalar que la cifra indicada puede variar de acuerdo con los resultados de las verificaciones sobre la situación judicial de los desmovilizados que se realizan en los distintos despachos judiciales y con los reportes sobre su situación con relación al proceso de reintegración.

Frente al proceso de reintegración debe decirse que la información es suministrada por la Oficina de la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, en donde ofrecen datos sobre cursos y talleres que los desmovilizados están desarrollando, así como si se encuentran activos en el programa, esto a través de los reportes que se obtiene de las consultas paulatinas realizadas directamente por la Fiscalía General de la Nación con los usuarios asignados especialmente para la aplicación de la Ley.

Sin embargo, de acuerdo con lo manifestado al inicio, para la Fiscalía General de la Nación no resulta suficiente la constatación de la existencia de estos requisitos, pues debe además

establecerse el cumplimiento de las condiciones previstas en los artículos 3 y 5 de la Ley 1312 de 2009, que hacen relación al control al que deben ser sometidas las decisiones adoptadas en ese sentido por la Fiscalía General de la Nación, a la participación de las víctimas, su representación, y a la comparecencia de los desmovilizados a efectos de la suscripción del acta de que trata la norma en cita, así como para la presentación del plan de reparación.

La definición de los Jueces ante quienes habrán de presentarse las solicitudes resulta de gran importancia, por cuanto las solicitudes realizadas con fundamento en la causal 17 del artículo segundo de la Ley 1312 de 2009 pueden afectar el trámite de los procesos propios de la Ley 906 de 2004, en consideración al número al que pueden ascender las solicitudes presentadas en forma colectiva por cuanto se presentarían en consideración al Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley (GAOML) al que pertenecieron los eventuales beneficiarios. Adicionalmente, conforme los lineamientos dados por la ley, se hace necesario definir el lugar de presentación de las solicitudes ante los Jueces de Control de Garantías, teniendo en cuenta que puede atenderse a los municipios en los que tuvo injerencia el GAOML desmovilizado de las Autodefensas, uno cualquiera en el que estuvo el imputado o el lugar de desmovilización, lo que implicaría ubicarlos en las cabeceras de circuito o en municipios apartados que no cuentan con el personal suficiente ni con la infraestructura necesaria para adelantar el trámite.

Teniendo en cuenta que el control por parte de los Jueces es obligatorio y automático a la determinación de la Fiscalía General de la Nación de dar aplicación al principio de oportunidad, y por ser de vital importancia para esta Institución conocer con anterioridad el lugar donde habrán de presentarse las solicitudes y el número de Jueces que las tramitarán para que de conformidad con ello se proyecte el número de Fiscales que habrán de asumir el conocimiento de las diligencias, su ubicación y el apoyo que tendrán para el cumplimiento de esta labor, de manera reiterada se ha solicitado en las distintas reuniones donde se ha evaluado la situación, se adopte una decisión definitiva en cuanto a estos temas.

Actualmente las diligencias se encuentran radicadas en la Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz, por asignación especial efectuada mediante resolución No. 0-0648 de marzo de 2006, la cual se ha considerado pertinente no modificar hasta que se defina las regiones en las que habrá de concentrarse la actividad judicial, por cuanto ello podría generar al interior de la institución caos por el traslado constante de los procesos y su consecuente reasignación.

Tampoco se ha considerado pertinente iniciar trámite alguno para la aplicación del principio de oportunidad teniendo en cuenta que no se encuentra definida la forma en que habrán de intervenir las víctimas dentro del mismo, su convocatoria, representación y formas de reparación, pues como se trata del delito de concierto para delinquir, no está plasmado a cuáles víctimas se cita o, si por el contrario se debe convocar al total de víctimas del Grupo Armado Organizado al Margen de la Ley en que militó el imputado. En este último caso estaríamos en una situación compleja, pues por ejemplo del Bloque Norte de las ACCU tenemos un registro de 40.912 víctimas por hechos atribuibles a éste (a 31 de julio de 2010), lo que generaría un caos para la entidad que se encargue de su citación y el traslado al sitio en donde se desarrollará la diligencia. De los demás GAOML contamos con el siguiente registro:

No	GRUPO ARMADO ORGANIZADO AL MARGEN DE LA LEY	No. VÍCTIMAS REGISTRADAS
1	AUTODEFENSAS CAMPESINAS DEL MAGDALENA MEDIO	8934
2	BLOQUE NORTE	40912
3	FRENTE LIBERTADORES DEL SUR	3582
4	FRENTE HEROES DEL LLANO Y GUAVIARE	2443
5	BLOQUE CENTAUROS	10882
6	BLOQUE CATATUMBO	12507
7	FRENTE RESISTENCIA TAYRONA	6038
8	SUR DEL MAGDALENA E ISLA DE SAN FERNANDO	559
9	BLOQUE MONTES DE MARIA	12020
10	BLOQUE CORDOBA	6705
11	FRENTE NORDESTE ANTIOQUEÑO	1849
12	BLOQUE MINEROS	4851
13	BLOQUE BANANERO	11214
14	BLOQUE CALIMA	12345
15	BLOQUE ELMER CARDENAS	10132
16	BLOQUE HEROES DE GRANADA	3730
17	BLOQUE CUNDINAMARCA	1048
18	BLOQUE VENCEDORES DE ARAUCA	2709
19	FRENTE PROCERES DEL CAGUAN	5657
20	FRENTE SUR DEL PUTUMAYO DEL BCB	7310
21	BLOQUE PUERTO BOYACA	3434
22	BLOQUE LA MOJANA	4194
23	FRENTE JULIO PEINADO BECERRA	5672
24	BLOQUE NOROCCIDENTE ANTIOQUEÑO	6246
25	FRENTE MARTIRES DE GUATICA	1425

No	GRUPO ARMADO ORGANIZADO AL MARGEN DE LA LEY	No. VÍCTIMAS REGISTRADAS
26	SUR DE BOLIVAR DELL BCB	15014
27	BLOQUE METRO	22083
28	BLOQUE SUROESTE ANTIOQUEÑO	5824
29	BLOQUE CACIQUE NUTIBARA	10799
30	BLOQUE HEROES DEL PACIFICO	1601
31	FRENTE CACIQUE PIPINTA	1677
32	BLOQUE TOLIMA	1742
33	BLOQUE HEROES DE TOLOVA	956
34	FRENTE VICHADA BCB	51
35	AUTODEFENSAS DE META Y VICHADA	902
36	CASA CASTAÑO	7686

La Fiscalía General de la Nación ha requerido a las demás instituciones involucradas en la aplicación del principio de oportunidad sobre la necesidad de resolver estos aspectos que permitan avanzar en su trámite, advirtiendo que el principio de oportunidad no es óbice para que la Fiscalía General de la Nación continúe sus labores investigativas para establecer otras conductas delictivas diferentes al concierto para delinquir y en caso de hallarlas, iniciar las correspondientes investigaciones en contra de los sindicados.

Es así que mediante oficio No. 007860 de 4 de agosto de 2009 dirigido al señor Ministro del Interior y de Justicia, esta Jefatura de Unidad, solicitó convocar a las distintas autoridades involucradas en la aplicación del principio de oportunidad para revisar y resolver los aspectos relevantes en su trámite y que en la práctica determinan la viabilidad de su aplicación.

Las situaciones planteadas fueron discutidas de manera preliminar en reunión llevada a cabo el 10 de septiembre de 2009 en el despacho del señor Viceministro de Justicia, Dr. Miguel Ceballos Arévalo, con presencia de delegados del Consejo Superior de la Judicatura, Procurador General de la Nación, Defensoría Pública, Alta Consejería para la Reintegración, Alto Comisionado para la Paz, Policía Nacional, entre otros, sin que se haya adoptado alguna decisión.

Posteriormente, mediante oficio No. 008196 de 2009, el despacho a mi cargo, solicita nuevamente convocar a las entidades ya referidas, reunión que tiene lugar el 13 de octubre de 2009 en el despacho del señor Viceministro de Justicia, y en la que se abordaron los

aspectos relacionados con la definición de los Jueces de Control de Garantías, como se indicó.

En dicha reunión el delegado del Consejo Superior de la Judicatura se comprometió a dar a conocer a dicha corporación la situación y en el ámbito de su competencia se resolviera lo pertinente a la ubicación y número de Jueces, sin respuesta a la fecha.

Con relación a las víctimas, a su representación y participación no fue posible llegar a una conclusión, por lo que se dispuso establecer un comité para estudiar y definir los temas relativos a las mismas, sin que a la fecha se haya logrado alguna definición.

En lo relativo a los desmovilizados, se planteó que atendiendo al GAOML al que pertenecieron se debe adoptar mecanismos para su convocatoria y la suscripción del acta de que trata el artículo segundo numeral 17 de la Ley 1312 de 2009. Además, darles a conocer el trámite establecido en la ley, las condiciones para adelantar el mismo, las obligaciones a imponer en caso de considerarse la aplicación del principio de oportunidad bajo la suspensión del procedimiento a prueba y el plan de reparación a las víctimas que debe acompañarlo, lo que tiene obviamente incidencia en el abordaje a las víctimas.

En la reunión se planteó incluso la realización de campañas informativas que permitieran a la sociedad en general y de manera especial a los intervinientes, conocer el objeto, la finalidad y los alcances de la norma.

A pesar de lo anterior, a la fecha no se ha realizado avance alguno.

El día 30 de abril de 2010 mediante oficio No. 007008, se reiteró al Ministro del Interior y de Justicia la necesidad de avanzar en los temas señalados, y a partir de allí establecer la viabilidad de dar aplicación al principio de oportunidad, conforme a lo dispuesto en la ley, sin resultados obtenidos.

Como se establece de lo anterior, son razones de política criminal las que se han considerado por la Fiscalía General de la Nación para no iniciar aún el trámite para la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados colectivos, hasta tanto no se encuentren establecidos los mecanismos necesarios para que su aplicación no resulte violatoria de los derechos y garantías de quienes intervienen en el trámite y no generen en la administración de justicia un caos en dichas actuaciones y en otras que en nada tienen relación con la causal 17 del artículo segundo de la Ley 1312 de 2009”.

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR.

El Procurador General de la Nación, mediante concepto núm. 4985, solicita a la Corte declarar:

“**EXEQUIBLE** el numeral 17 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 2º de la Ley 1312 de 2009, por el cargo formulado y bajo el entendido de que, para preservar los derechos de las posibles víctimas, en la reglamentación que para la aplicación del principio de oportunidad expida el Fiscal General de la Nación, se debe contemplar la publicación en un periódico y una emisora de cobertura nacional, y en la página web de la Fiscalía General de la Nación, de la información sobre la identidad plena, valga decir, visual, nominal y de alias, de cada uno de los desmovilizados que serán sometidos al procedimiento de aplicación del principio de oportunidad y de las fechas programadas para ese procedimiento.

EXEQUIBLE el parágrafo 3º del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 2º de la Ley 1312 de 2009, por el cargo formulado”.

A juicio de la Vista Fiscal, los actores aducen dos líneas argumentativas incompatibles en su discurso contra el numeral 17 de la ley acusada. *“En la primera se ataca su aplicación porque el concierto para delinquir es un delito de lesa humanidad. En la segunda se ataca su redacción por considerar que es ambigua y confusa y, además, va en contra de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. Ambas líneas argumentativas conducen a falsos problemas”.*

Así las cosas, para la Procuraduría el concierto para delinquir no es un crimen de lesa humanidad por las siguientes razones:

“No es cierto, como se dice de pasada, que el concierto para delinquir sea en sí mismo un delito de lesa humanidad, como tampoco lo son el uso ilegal de uniformes o insignias y el porte ilegal de armas o municiones. Los delitos de lesa humanidad están definidos de manera clara y distinta en el derecho internacional. Sobre esto podría abundarse en razones, pero no es necesario en este caso, ya que si se acepta, en un acto de mera liberalidad discursiva, lo que sostienen los actores, de que dichos delitos son de lesa humanidad, el propio parágrafo 3º, también acusado por los actores, impide aplicar el principio de oportunidad en estos casos. Una simple lectura completa del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009 así lo confirma. No hay, pues, ninguna posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a delitos de lesa humanidad”.

De igual manera, a juicio de la Vista Fiscal, la causal de aplicación del principio de oportunidad no es inequívoca o confusa por cuanto:

“[L]a condición de desmovilizado, al tenor del artículo 9 de la Ley 975 de 2005, corresponde a la persona que deja las armas y abandona el grupo armado al margen de la ley al que pertenecía; la manifestación del desmovilizado de reincorporarse a la vida civil mediante actos inequívocos, es un hecho que debe verificarse en la práctica y probarse, al tenor de los artículos 326 y 327 de la Ley 906 de 2005, y que no queda sometido a la valoración caprichosa de un fiscal; la no postulación del desmovilizado por el Gobierno para acceder a los beneficios de la Ley 975 de 2005, es un hecho que puede verificarse de manera objetiva; la no existencia de investigaciones contra el desmovilizado por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, diferentes a los que señala en numeral 17, es también verificable de manera objetiva. Las nociones que emplea el artículo están definidas de manera unívoca y precisa por esta y por otras leyes. Su aplicación no depende del capricho o la mera voluntad, sino que se funda en parámetros y pruebas objetivas”.

Expone igualmente que el delito al cual alude la norma acusada es el concierto para delinquir simple, es decir, la conducta punible en la cual incurren los desmovilizados por el mero hecho de haber pertenecido a un grupo armado al margen de la ley, comprendiendo el porte ilegal de armas, uniformes e insignias. Así, *“la comisión de cualquier otro delito, impide la aplicación del principio de oportunidad según el numeral acusado. Es obvio que las personas que organizan, fomentan, promueven, dirigen, encabezan, constituyen o financian grupos al margen de la ley, conductas que son diferentes a la mera militancia, no pueden acceder a la aplicación del principio de oportunidad. Y esto es así, porque esas conductas constituyen, al tenor del artículo 345 del Código Penal, un delito autónomo: el de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas”.*

Explica igualmente el Ministerio Público que la no comisión de delitos distintos a los que señala el numeral 17, se garantiza de dos maneras, a saber: con la revisión de que no existen investigaciones criminales y con la declaración del desmovilizado, bajo la gravedad de juramento, de no haber cometido otros delitos. Si la declaración no es cierta, además de incurrir en un nuevo delito, el desmovilizado no puede beneficiarse de la aplicación del principio de oportunidad.

En cuanto a la garantía de los derechos de las víctimas, la Vista Fiscal señala lo siguiente:

“En cuanto a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, para que pueda llegar a considerarse su vulneración, es menester establecer un supuesto lógico insoslayable: la existencia de víctimas. Las víctimas de un delito no se pueden suponer o presumir, deben existir. En delitos como los que se estudia, es muy difícil establecer la existencia de víctimas. En efecto, ¿quién sería o podría ser víctima del uso ilegal de uniformes o insignias, o del porte ilegal de armas o municiones, o del mero concierto para delinquir que no se concreta en hechos tangibles?

Si bajo el ropaje del concierto para delinquir se pretende amparar otros delitos, situación que, como se ha dicho, hace inaplicable el principio de oportunidad, es evidente que sí se puede afectar los derechos de las víctimas de dichos delitos. Esta situación irregular, que corresponde a un abuso del derecho y a una manipulación perversa de la ley, de claros matices inconstitucionales, debe ser evitada. Las víctimas, pues, no son las de los delitos respecto de los cuales se aplica el principio de oportunidad, sino de otros delitos que pueden quedar impunes merced a una falsa declaración del desmovilizado y a una ineficiente tarea investigativa del Estado. Para precaver esta posibilidad abusiva e inconstitucional, parece razonable que en estos casos las víctimas puedan tener noticia del procedimiento en el cual se aplicaría el principio de oportunidad y puedan participar en él.

Ahora bien, la Vista Fiscal considera que, dada la finalidad para la cual se conformaron los grupos armados al margen de la ley, es muy probable sus integrantes hayan cometido graves crímenes, motivo por el cual se debe garantizar la debida publicidad acerca de las audiencias de aplicación del principio de oportunidad, a través de la debida publicación en diarios de cobertura nacional.

Finalmente, en cuanto al cargo contra el parágrafo 3 del artículo 324 del C.P.P., el Ministerio Público considera que no debe prosperar, por cuanto *“baste indicar que dichos delitos, al tenor del artículo 7º de la Ley 742 de 2002, por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, son delitos de lesa humanidad. Al estar incluidos en el referido parágrafo los delitos de lesa humanidad, es evidente que la omisión que aducen los actores no existe.”*

Hasta aquí la sentencia recoge los antecedentes que formaron parte de la ponencia inicialmente presentada por el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, la cual no contó con la mayoría suficiente para ser aprobada por la Sala Plena de la corporación, motivo por el cual fue rotada al Magistrado Luís Ernesto Vargas Silva, quien ahora actúa como ponente.

VIII. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia de la Corte

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4o. de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad de la referencia, pues las disposiciones acusadas forman parte de una ley de la República, en este caso, de la Ley 1312 de 2009.

Planteamiento de los problemas jurídicos- constitucionales y estructura de la sentencia

2. Según los demandantes el inciso primero del numeral 17 y el párrafo 3 del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009 *“Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”*, son inconstitucionales por quebrantar los artículos 150.17 y 250 de la Constitución, y vulnerar así mismo los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana Para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Los demandantes configuraron varios cargos de inconstitucionalidad contra los preceptos acusados, que para efecto de su análisis se organizan así:

Primer cargo. Los preceptos acusados serían contrarios al artículo 150.17 de la Carta, por contemplar una especie de amnistía encubierta, sin que se hubiese cumplido con el procedimiento constitucional que demanda un acto de esta naturaleza. Señalan que si bien la Corte Constitucional consideró que la ley de justicia y paz no equivalía a una amnistía, por cuanto finalmente se aplicaba una pena, en la Ley 1312 de 2009 *“el Estado renuncia a la persecución penal y a la adjudicación de justicia”*.

Aducen al respecto los ciudadanos que revisado el trámite que se dio al proyecto de ley en el Congreso de la República, se advierte que no se siguió aquél propio de las leyes de amnistía, motivo por el cual la causal de aplicación del principio de oportunidad es realmente una amnistía encubierta que va en contravía de lo dispuesto en el artículo 150.17 de la C.P. que exigen un quórum calificado para la aprobación, y requiere aplicarse a delitos exclusivamente políticos, hipótesis que no concurre en el presente caso.

Segundo cargo: De conformidad con la demanda, las normas acusadas desconocen los derechos de las víctimas al acceso a la justicia, a conocer la verdad de los hechos y a obtener una reparación integral, consagrados en los artículos 1, 2, 6, 12, 29, 93 y 229 de la Constitución, y en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sustentan este cargo señalando que la causal 17 se aplica en abstracto a un grupo de desmovilizados cuya única obligación es declarar que no han cometido violaciones de derechos humanos, sin que las víctimas tengan acceso al procedimiento para controvertir su versión y sin que exista investigación ni identificación del beneficiario que permita igualmente controvertir las decisiones que afecten los derechos de las víctimas; tampoco está prevista medida alguna para su reparación.

Tercer cargo: Los preceptos acusados son contrarios a la obligación internacional contraída por el Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, así como de garantizarles a las víctimas el acceso a un recurso judicial efectivo,

tal como lo prevén los artículos 1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, generando así un escenario injustificado de impunidad.

Cuarto Cargo: La disposición acusada vulnera el artículo 250 de la Constitución que contempla un principio de oportunidad reglado. Aducen que la norma crea una causal para la aplicación del principio de oportunidad de naturaleza ambigua e indeterminada. Esta ambigüedad e indeterminación se advierte en la indefinición de aspectos estructurales de la disposición, tales como (i) la identificación de los delitos a los cuales se aplica, (ii) el suministro de parámetros normativos objetivos que eliminen la total discrecionalidad del fiscal a la hora de aplicar el principio de oportunidad, y (iii) la posibilidad de participación de las víctimas en un proceso penal determinado.

Quinto cargo: En el párrafo 3° del numeral 17 del artículo 324 del C.P., el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, toda vez que excluyó, de manera injustificada, de los supuestos en que se excluye la aplicación del principio de oportunidad *“las graves violaciones de derechos humanos”*. Si bien se hace referencia a los *crímenes de lesa humanidad*, hay graves violaciones de derechos humanos que no encajan dentro de esta categoría y por lo tanto podrían quedar en la impunidad en el evento de ser cobijadas con el principio de oportunidad.

3. Por su parte, los intervinientes sostienen posturas encontradas. Algunos coadyuvan la demanda, por estimar que efectivamente la aplicación de la causal prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. para la aplicación del principio de oportunidad desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, estipulados en diversos tratados internacionales, y el principio de legalidad. Otros, por el contrario, propugnan por la exequibilidad de los preceptos acusados, al considerar que no se presenta indeterminación ni en la causal, ni en los beneficiarios, como tampoco en los delitos amparados por la norma, y no es cierto que el beneficio procesal se extienda a los crímenes de lesa humanidad, comoquiera que la norma los excluye de manera expresa.

4. Para el Ministerio Público, el párrafo tercero del artículo 324 C.P.P., modificado por la Ley 1312 de 2009 debe ser declarado exequible, en tanto que estima que el primer inciso del numeral 17 de la misma disposición debe ser objeto de una constitucionalidad condicionada, en el sentido que *“para preservar los derechos de las posibles víctimas, en la reglamentación que para la aplicación del principio de oportunidad expida el Fiscal General de la Nación, se debe contemplar la publicación en un periódico y una emisora de cobertura nacional, y en la pagina web de la Fiscalía General de la Nación, de la información sobre la identidad plena, valga decir, visual, nominal y de alias, de cada uno de los desmovilizados que serán sometidos al procedimiento de aplicación del principio de oportunidad y de las fechas programadas para ese procedimiento”*.

5. De conformidad con los cargos planteados, y el debate suscitado durante el juicio de constitucionalidad, debe la Corte resolver los siguientes problemas:

(i) ¿La aplicación del principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, constituye una amnistía encubierta que debió someterse al trámite previsto en el artículo 150.17 de la Constitución?

(ii) ¿La aplicación del principio de oportunidad, con fundamento en la causal 17 del artículo 324 del C.P.P., vulnera los derechos de las víctimas a la verdad, al acceso a la justicia y a la reparación, y desconoce el deber del Estado de evitar la impunidad mediante la investigación y juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario?.

(iii) ¿La forma como está diseñada causal prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. quebranta los límites constitucionales establecidos para la aplicación del principio de oportunidad?

(iv) ¿Se configura una omisión legislativa relativa en el párrafo tercero del artículo 324 C.P.P., al haberse excluido de la aplicación del beneficio, entre otros crímenes, los de lesa humanidad, expresión que dejaría por fuera otras violaciones graves de derechos humanos que no encajan en la mencionada categoría?

6. En atención a que en el primer cargo se sugiere la existencia de un vicio de procedimiento en la expedición de la Ley 1312 de 2009, dado que según los demandantes esta debió tramitarse de conformidad con las previsiones del artículo 150.17 de la Carta, por tratarse, en sus palabras, de una “amnistía encubierta”, la Sala abordará de manera preliminar esta cuestión, que de prosperar conduciría a una inexequibilidad integral de la ley.

7. De superar tal examen, a continuación se analizarán los cargos de fondo, para lo cual se hará una referencia a: i) Los límites constitucionales en el diseño de la política criminal del Estado; (ii) Los límites constitucionales a la potestad de configuración legislativa en el diseño de las causales para la aplicación del principio de oportunidad, con especial referencia al orden justo, los derechos de las víctimas y la obligación de investigar, juzgar y sancionar a los responsables grave criminalidad; las finalidades de la reforma constitucional que introdujo el sistema penal de tendencia acusatoria, y en particular el principio de oportunidad; los rasgos constitucionales del principio de oportunidad y la legalidad estricta como límites a la potestad de configuración legislativa de las causales para la aplicación del principio de oportunidad.

En ese marco se juzgará cada una de las normas acusadas a la luz de los cargos formulados en la demanda.

Examen del cargo por vicio de procedimiento en la expedición de la Ley 1312 de 2009

8. Para los demandantes, la figura jurídica establecida por el legislador en la norma acusada configura realmente una amnistía encubierta, que resulta contraria a los derechos de las víctimas. Sostienen que revisado el trámite que se dio al proyecto de ley en el Congreso de la República, se concluye que no se siguió aquél propio de las leyes de amnistía, motivo por el cual la causal de aplicación del principio de oportunidad es realmente una amnistía encubierta.

9. Sobre el particular, en primer lugar, considera la Corte que por tratarse de un vicio de forma consistente en que la norma acusada debió haber surtido el trámite propio de una ley de amnistía y no de una ordinaria, es preciso verificar si la demanda fue presentada oportunamente, es decir, dentro del año siguiente a su entrada en vigor.

Al respecto, constata la Corte que la Ley 1312 de 2009, entró a regir desde su promulgación llevada a cabo el 9 de julio de ese año. La demanda de inconstitucionalidad fue presentada ante la Secretaría General de la Corte el 30 de abril de 2010, es decir en término.

10. El artículo 150, numeral 17 de la Constitución⁵⁰³ establece la posibilidad de conceder mediante ley, amnistías o indultos generales por delitos políticos, justificados en graves motivos de conveniencia pública.

⁵⁰³ “ARTÍCULO 150. — Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)”

La amnistía constituye un beneficio de carácter jurídico – político que otorga el Congreso de la República, como representante del pueblo, y fundado en altos motivos de conveniencia pública, con el propósito de lograr la convivencia pacífica que se encuentra perturbada por quienes optaron en un momento determinado por subvertir el orden jurídico-constitucional⁵⁰⁴.

En consideración a la especial trascendencia que tales decisiones tienen para la sociedad, y a su finalidad específica, se contempla como una medida excepcional, para la cual la propia Constitución ha previsto un procedimiento que reclama un más amplio consenso democrático, comoquiera que exige una mayoría calificada constituida por los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara, requisito este que conforme al reglamento del Congreso se cumplirá por votación secreta (CP. art. 150-17 y Ley 5 de 1992, art. 131, literal c).

El rasgo fundamental de la amnistía es el de producir la extinción de la acción penal. Mediante esta figura el Estado olvida el delito, correspondiendo a los jueces aplicar tal decisión, comoquiera que atañe al ejercicio mismo de la acción penal. Sobre sus efectos ha señalado la jurisprudencia:

“La amnistía por su propia naturaleza impide proseguir el proceso que ya hubiere sido iniciado y que no hubiere culminado con sentencia. (...) Con todo, si al momento de concederse la ley de amnistía ésta resulta aplicable a personas contra quienes ya hubiere sentencia condenatoria, se excepciona la cosa juzgada y desde entonces cesa la ejecución de la pena para lo cual habrá de comunicarse al juez que dictó la sentencia en primera instancia, institución que la doctrina conoce como amnistía impropia”⁵⁰⁵.

11. Aplicadas las nociones precedentes al análisis de la Ley 1312 de 2009, se observa por la Corte que los propósitos de la mencionada ley distan mucho de aquellos vinculados a la concesión de una amnistía. Como se puede advertir de los antecedentes, así como del texto mismo de la ley, el propósito del legislador se orientó a introducir algunas modificaciones al principio de oportunidad como institución fuertemente vinculada al sistema penal acusatorio y para ser aplicada en el marco de la política criminal de Estado. No es gratuito que su iniciativa hubiese surgido en el seno del Consejo de Política Criminal.

En este sentido, en los antecedentes de la ley, una vez se acoge la propuesta del Fiscal General de la Nación⁵⁰⁶ de extender el principio a los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se hubieren desmovilizado se indicó que *“Dada la orientación de la política criminal del Estado frente a la cual cabe advertir [el principio de oportunidad] debe responder a la posición del Estado frente a la*

17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.”

No sobra recordar que dicha posibilidad igualmente se establecía en el artículo 76, numeral 19 de la Constitución derogada.

⁵⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ El proyecto de ley se orientó inicialmente a la ampliación del principio de oportunidad, con algunas limitaciones, a casos de narcotráfico de estupefacientes, financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores, promotores o directores de la respectiva organización. A partir del informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley No. 342/08 y 261/08, se incluye, entre otras modificaciones, la propuesta del Fiscal General de la Nación de beneficiar con la aplicación del principio de oportunidad a los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se desmovilizaren en el marco de la Ley de Justicia y Paz, y en el de las negociaciones de paz con el Gobierno.

*prevención, sanción, y erradicación del delito*⁵⁰⁷. De modo que las normas previstas en la Ley 1312 de 2009, se insertan en el contexto de las herramientas ordinarias del Estado para cumplir las finalidades implícitas en el ejercicio del poder punitivo. De hecho se señala como marco de la reforma *“el artículo 250 de la Constitución, que regula los instrumentos para operar el sistema de investigación y juzgamiento de delitos, a partir del marco de la Política Criminal del Estado*⁵⁰⁸”.

La medida legislativa a que se contrae la ley, se dirige a *“vigorizar y ampliar”* el principio de oportunidad, a efecto de que a través de las posibilidades de cooperación que ofrece se puedan focalizar esfuerzos hacia la desarticulación de organizaciones criminales⁵⁰⁹.

Y si bien el principio de oportunidad incluye dentro de sus posibilidades la suspensión, interrupción e incluso la renuncia a la acción penal, se trata de eventualidades que deben operar con sujeción al principio de legalidad, su aplicación debe estar mediada por la prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad, y estar sometidas a control judicial.

Se trata de instituciones que tienen origen y naturaleza diversos. La amnistía por ser una medida legislativa, tiene carácter general y está referida a hechos, en tanto que la concesión del principio de oportunidad es de naturaleza judicial y se aplica de manera individualizada.

La ley que se examina no declara ni insinúa que los hechos objeto de la estrategia normativa tengan la connotación de criminalidad política. Tampoco se plantea un perdón u olvido generalizado, si no un beneficio jurídico que la iniciativa legislativa inserta dentro de la política criminal del Estado, así se proponga para ser aplicado a un grupo considerable de individuos, lo cual no excluye la obligación de efectuar constataciones particulares sobre los requisitos exigidos para su concesión. Ya el tema relativo a si esos requisitos, tal como están propuestos respetan o no los límites constitucionales que se oponen a la potestad de configuración legislativa en el diseño de las causales que autorizan la suspensión, interrupción o extinción de la acción penal, será objeto de posterior análisis en esta sentencia.

No concurren en consecuencia, en la presente ley, los presupuestos que definen una amnistía, y en tales condiciones no le era exigible al legislador someter la expedición de la Ley acusada a un trámite reservado para aquella figura jurídica.

12. Así las cosas, el cargo propuesto por haber sido tramitada la Ley 1312 de 2009 como ordinaria, pese a que debería haberlo sido mediante el procedimiento especial previsto para las leyes que conceden amnistías no está llamado a prosperar.

13. Teniendo en cuenta que los antecedentes legislativos enfatizan en que la introducción de una nueva causal para la aplicación del principio de oportunidad en relación con desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, debe ser entendida dentro del marco de la política criminal del Estado, tal como lo señala el propio artículo 250 de la Constitución, y que la iniciativa surgió del seno del Consejo de Política Criminal, es preciso recordar la jurisprudencia que esta Corte ha desarrollado sobre los límites constitucionales que atan a las autoridades responsables del diseño de la política pública en materia criminal, a la hora de configurar los mecanismos para hacer frente al fenómeno delictivo.

⁵⁰⁷ Gaceta del Congreso No. 217, Abril 17 de 2009. Pag. 12.

⁵⁰⁸ Gaceta del Congreso No. 217 de Abril 17 de 2009. Pag. 12. Informe de Ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 342/08 Cámara y 342/08 Senado.

⁵⁰⁹ Cfr. Gaceta del Congreso No. 446 de julio 24 de 2008. Antecedentes legislativos del Proyecto de Ley 261/08 Senado, y 342/08 Cámara.

Límites constitucionales al diseño de la política pública en materia penal.

14. Según lo establece el artículo 250 de la Constitución, la regulación del principio de oportunidad debe insertarse dentro del modelo de política pública que adopte el Estado para enfrentar el fenómeno criminal.

La noción de “*política criminal*” ha sido definida por la Corte, como “*el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción*”⁵¹⁰.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido así mismo que la *política criminal* puede ser articulada por el Legislador a través de la expedición de normas. En este sentido indicó que: “*la legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado*”, y que “*la decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados, se plasma en el texto de la ley penal*”. Así mismo, se precisó que “*la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma*”⁵¹¹.

En el mismo sentido, ha precisado esta Corporación que el proceso de diseño de una política pública en materia criminal incluye los estadios de: (i) definición de sus elementos constitutivos y las relaciones entre ellos, (ii) articulación inteligible de sus componentes, y (iii) programación de la forma, los medios y el ritmo al cual será desarrollada dicha política; en ese orden de ideas, la Corte expresó que las decisiones constitutivas del diseño de una política pública pueden ser plasmadas, o bien en documentos políticos, o bien en instrumentos jurídicos – esto es, normas, sean éstas de rango constitucional, legal o reglamentario.

15. Entre las distintas medidas normativas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, forman parte del concepto de “*política criminal*”, se encuentran: (a) las que definen los bienes jurídicos que se busca proteger por medio de las normas penales, a través de la tipificación de conductas delictivas⁵¹², (b) las que establecen los regímenes sancionatorios y los procedimientos necesarios para proteger tales bienes jurídicos⁵¹³, (c) **las que señalan criterios para aumentar la eficiencia de la administración de justicia**⁵¹⁴, (d) las que consagran los mecanismos para la protección de las personas que intervienen en los procesos penales⁵¹⁵, (e) las que regulan la detención preventiva⁵¹⁶, o (f) las que señalan los términos de prescripción de la acción penal⁵¹⁷. Así mismo ha reconocido esta Corporación que “*las normas del Código de Procedimiento Penal son un elemento constitutivo la política criminal en tanto instrumento para su materialización, puesto que regulan las formas y los pasos que deben seguir quienes ejecuten dicha política en la práctica*”⁵¹⁸.

⁵¹⁰ Corte Constitucional, sentencias C-646 de 2001, y C-873 de 2003.

⁵¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-504 de 1993.

⁵¹² Corte Constitucional, Sentencia C-599 de 1998.

⁵¹³ Así, en la sentencia C-198 de 1997 se afirmó: “*La selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración.*”. En idéntico sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-093 de 1993.

⁵¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-227 de 1998.

⁵¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-344 de 1995.

⁵¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-327 de 1997.

⁵¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-345 de 1995.

⁵¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-646 de 2001.

16. Según lo ha determinado la jurisprudencia de esta Corte, una parte integrante del proceso de diseño y adopción de políticas públicas en materia criminal es la utilización de instrumentos normativos, tales como el Acto Legislativo No. 3 de 2002, el cual no se limitó a efectuar reformas menores a la Fiscalía creada por la Constitución de 1991. La voluntad del Congreso al expedirlo, en ejercicio de su función constituyente y de su potestad de diseñar y adoptar la política criminal del Estado, fue de amplio espectro al punto que se orientó a instituir un “*nuevo sistema*” de investigación, acusación y juzgamiento en materia penal, en el cual se inscribe como figura estelar el principio de oportunidad

En este sentido ha señalado también la jurisprudencia que “*el concepto de política criminal comprende la respuesta penal tradicional al fenómeno criminal*”⁵¹⁹. Y si bien las leyes penales pueden ser la expresión de una política, dado su carácter de normas jurídicas deben obviamente respetar la Constitución. De modo que cuando una política pública es formulada en un instrumento jurídico, se debe respetar el ordenamiento superior. En materia penal este imperativo resulta todavía más claro que en otros ámbitos de las políticas públicas, toda vez que se trata de una esfera del orden normativo en el que los derechos fundamentales se encuentran particularmente implicados ya sea desde el punto de vista del imputado o de la víctima, y el interés de la sociedad se encuentra igualmente comprometido. El margen del órgano que adopta la política pública es más amplio o reducido según sean mayores y más detallados los condicionamientos fijados en la Constitución al respecto.

17. Por eso, la Corte ha reconocido que existe una estrecha relación entre la Constitución y la política criminal, que parte de la idea de la “*constitucionalización*” de aspectos medulares del derecho penal, tanto en materia sustantiva como procedimental. Al respecto señaló la Corporación:

“De un lado, encontramos el problema de la relación entre la Constitución y la política criminal del Estado, o si se quiere, entre el derecho constitucional y el derecho penal, (...).

“Así, ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius puniendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. **Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas**”⁵²⁰ (Negritillas agregadas).

Dicha política, ha señalado la Corte, debe concebirse dentro de los límites materiales que señala la Constitución,

Un componente fundamental de la política pública diseñada para enfrentar el fenómeno criminal constituye sin duda el establecimiento de instrumentos jurídicos y estratégicos para garantizar los

⁵¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-646 de 2001.

⁵²⁰ Sentencia C-038/95, MP: Alejandro Martínez Caballero, Normas acusadas: Artículo 201 (parcial) del Decreto 100 de 1980. En este fallo la Corte analiza la relación entre la Constitución y política criminal, la legitimidad constitucional de la penalización del porte ilícito de armas y el monopolio de posesión y porte de armas en el Estado. La norma demandada fue declarada constitucional.

derechos de las víctimas de los delitos. En materia de grave criminalidad, existen claros compromisos del Estado colombiano que le señalan imperativos en materia de investigación, juzgamiento y garantías de acceso, restablecimiento y satisfacción de los derechos de las víctimas, así como de no repetición con miras a erradicar la impunidad.

18. En suma, los antecedentes legislativos de la Ley 1312 de 2009, son prolíficos en referencias en el sentido que la reforma que introduce se inserta en el marco de la política criminal del Estado. Por esta razón el instrumento forma parte del Código de Procedimiento Penal ordinario, y como tal tiene vocación de permanencia. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, la normatividad penal, es en efecto, una expresión de la política criminal del Estado, y como tal debe respetar en su formulación los contenidos materiales de la Constitución, en particular los derechos y la dignidad de las personas.

19. Esta claridad reviste relevancia, para establecer el marco en el que se desenvolverá el análisis de la Corte. Aunque algunos de los intervinientes hacen referencia a un marco de justicia transicional, es claro que la Ley 1312 de 2009, no es el producto directo de un acuerdo nacional para la búsqueda de la paz, que parta del reconocimiento de la existencia de una situación de violación masiva de derechos humanos y de la necesidad de poner fin a la impunidad. No resulta, en consecuencia, aplicable en esta oportunidad la metodología de la ponderación entre la justicia y la paz, a la cual ha acudido la Corte en otras oportunidades.⁵²¹ El marco, propuesto por el propio legislador, es el de la política criminal ordinaria del Estado, y en ese ámbito se ubicará el análisis de constitucionalidad.

Definido este marco, procede la Sala a indicar los límites constitucionales que atan al legislador a la hora de configurar las causales para la aplicación del principio de oportunidad, el cual está diseñado para operar dentro de la política criminal del Estado.

Límites constitucionales a la potestad de configuración del legislador en el diseño de las causales para la aplicación del principio de oportunidad.

20. El constituyente secundario defirió expresamente al legislador el señalamiento de las causales que ameritan la aplicación del principio de oportunidad penal, como se deduce del tenor literal del artículo 250 superior.⁵²² En tal virtud, el legislador goza de una amplia potestad legislativa a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales resulta desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que dicha potestad de configuración encuentra límites derivados, en primer lugar, de (i) Los derechos de las víctimas de los delitos y del correlativo deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar la grave criminalidad; (ii) de *las finalidades* que tuvo en cuenta el constituyente para la incorporación de razones de oportunidad en el sistema penal acusatorio; (iii) de *las características* constitucionales del principio de oportunidad; (iv) y el principio de legalidad.

⁵²¹ Así, en la sentencia C-370 de 2006.

⁵²² **“Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”** (Negrillas fuera del original)

El imperativo de asegurar la vigencia de un orden justo. La garantía de los derechos de las víctimas de grave criminalidad.

21. A la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el legislador encuentra un límite derivado del mandato constitucional que impone a las autoridades el deber de asegurar *la vigencia de un orden justo*, tal como lo postula el Preámbulo, el artículo 2° de la Carta, así como los compromisos internacionales del Estado en materia de acceso a la administración de justicia en procura de la defensa de los derechos humanos, y para asegurar la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones. Este límite no se refiere a las circunstancias objetivas o subjetivas que rodean la comisión, la investigación o el juzgamiento de una conducta punible, sino a la naturaleza especialmente grave del delito en sí mismo considerado.

22. Los compromisos internacionales para la efectiva persecución y sanción de ciertos delitos especialmente graves, recogidos en los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Penal Internacional suscritos por Colombia, constituyen parámetros de control de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 superior y por tal razón inciden en la aplicación e interpretación del derecho interno. Su poder limitador para el legislador proviene de la consideración de que *“las violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario son mucho más graves e inaceptables que las ofensas causadas mediante otras formas de criminalidad, debido a la intensidad de la afectación de la dignidad humana que tales vulneraciones de derechos implican. Por ello el Estado colombiano se ha unido a la comunidad internacional en el empeño de sancionar esas conductas. La gravedad de estos comportamientos rebasa entonces el límite infranqueable de la dignidad humana, de manera que, por razones de proporcionalidad y de respeto a sus compromisos internacionales, no podría el legislador prescindir de la persecución penal en estos casos”*⁵²³.

23. La protección a los derechos de las víctimas que se deriva de los mencionados estándares internacionales hace relación: (i) a que debe existir un recurso judicial efectivo al alcance de las víctimas de los delitos que constituyen graves violaciones de derechos humanos o de Derecho Internacional Humanitario; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; y (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario a fin de que se conozca la verdad; (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de Derecho Humanos, así como a la restauración de los derechos de las víctimas.

Adicionalmente, el imperativo de hacer compatible la aplicación del principio de oportunidad previsto en la Constitución con el respeto a los derechos de las víctimas de las conductas delictivas, se deriva del texto del Acto Legislativo 03 de 2002, que asigna al Fiscal, simultáneamente, la función de aplicar el principio de oportunidad, la misión de *“Velar por la protección de las víctimas”* (C.P. Artículo 250, numeral 7) y también la de *“Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren (...) la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.”* (C.P. Artículo 250, numeral 1).

Así pues, a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el Congreso de la República debe considerar que, tanto de la Constitución como de los compromisos internacionales de Colombia, emanan obligaciones en materia de protección de los derechos de las

⁵²³ Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007.

víctimas de los delitos. Estos mandatos constitucionales y estas obligaciones internacionales relativos a los derechos de las víctimas tienen que ser ponderados con los intereses estatales de racionalización de la persecución penal, que subyacen bajo la consagración constitucional del principio de oportunidad penal. Ciertamente, una interpretación sistemática de la Carta implica aceptar que la conciliación entre los principios de celeridad y eficacia en la administración de justicia no puede dejar de lado la protección de los derechos fundamentales, que obran simultáneamente como límites al diseño legal de las causales y también a la aplicación misma del principio de oportunidad.

24. Los estándares internacionales establecidos en materia de derechos de las víctimas de los delitos, en particular de las graves violaciones de derechos humanos y la serias infracciones al derecho internacional humanitario, han sido incorporados en el orden jurídico colombiano a través de la figura del bloque de constitucionalidad (Art. 93), y constituyen hoy en día un marco referencial insoslayable para el diseño de la política pública en materia penal.

Los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario establecen los siguientes deberes del estado en relación con la víctimas de violaciones a sus mandatos: (i) garantizar recursos accesible y efectivos para reivindicar sus derechos; (ii) asegurar el acceso a la justicia; (iii) investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y (iv) cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derecho humanos.

Estas exigencias deben ser consideradas e incorporadas en el diseño de la política pública establecida para enfrentar de manera permanente el fenómeno de la criminalidad. No obstante, la comunidad internacional ha advertido que se trata de garantías que no se suspenden ni interrumpen en los modelos denominados de justicia transicional⁵²⁴, y en consecuencia los Estados deben asegurar, aún en estos contextos, estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.

25. De modo que, trátase de una estrategia político criminal establecida para enfrentar de manera permanente el fenómeno de la criminalidad, como explícitamente lo señalan el texto de la ley y los debates legislativos que le precedieron, o de un mecanismo de *justicia transicional*, como lo aducen algunos de los intervinientes, la Ley 1312 de 2009 debe ceñirse a los estándares internacionales acogidos por el ordenamiento interno, en materia de garantía y efectividad de los derechos de las

⁵²⁴ En el contexto de la comunidad internacional se ha admitido una nueva noción de Justicia, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aún en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad. Esta noción de Justicia, denominada de *transición o justicia transicional* opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de Derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático. Sin embargo, se ha hecho énfasis **“en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos”**(C-370 de 2006). La doctrina especializada ha advertido, sobre la importancia de que el concepto de justicia transicional, construido en el contexto internacional, trascienda un contenido meramente retórico para hacerlo **“eficaz instrumentalmente y observable en la realidad”**. Los procesos de transición parten frecuentemente del reconocimiento de la existencia de una situación de violación masiva y sistemática de derechos humanos, y de la necesidad de poner fin a la impunidad. Este último cometido solo se puede lograr de manera legítima a través de la materialización de los derechos de las víctimas, **“Se trata de un uso democrático de la justicia transicional porque tiene el propósito de dar fin a la impunidad a través de la materialización de los derechos de las víctimas y, al hacerlo, busca lograr el reconocimiento y la efectiva protección de los derechos humanos en contextos en los cuales estos derechos han sido violados masiva y sistemáticamente”**. (Uprimny Rodrigo, María Paula Saffon, *Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia*. Bergsmo, M. y Kalmanovitz, P (eds.). 2007. *Law in Peace Negotiations, FICJC Publication Series 2 (2007), International Peace Research Institute in Oslo (PRIO)*.

víctimas de grave criminalidad, pues tal como lo registra la jurisprudencia de esta Corte, la comunidad internacional ha aceptado que *“la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige una cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial.(...) pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción”*⁵²⁵.

26. Las obligaciones del Estado relativas a la investigación, juzgamiento y sanción de las violaciones de Derechos Humanos encuentran un primer fundamento normativo explícito en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵²⁶. En efecto, el literal a) del numeral 3º del artículo 2º de dicho Pacto, postula que *“toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”*.

27. El Comité de Derechos Humanos, al interpretar esta norma, ha atribuido importancia a que *“los Estados parte establezcan en el derecho interno mecanismos judiciales y administrativos adecuados para conocer las quejas sobre violaciones de derechos”*⁵²⁷, y ha destacado que *“El hecho de que un Estado Parte no investigue las denuncias de violación puede ser de por sí una vulneración del Pacto”*⁵²⁸. Así mismo ha puesto el énfasis en que *“los Estados Parte han de dar reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el pacto hayan sido infringidos”* y *“adoptar medidas que impidan la repetición de una violación del Pacto”*⁵²⁹.

28. Por su parte, los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵³⁰ prescriben respecto de las obligaciones estatales en materia de investigación y juzgamiento de atentados contra los Derechos Humanos, que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y *“a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”*, sin discriminación alguna (Artículo 1.1). Así mismo a adoptar, *“las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”* (Artículo 2).

Adicionalmente, la Convención señala que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”*, entre otras cosas para *“la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”* (Artículo 8), y añade que *“toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos ...”*.

De este plexo normativo se deriva la obligación para los estados signatarios de investigar y juzgar a quienes desconozcan los derechos reconocidos en la mencionada convención, y a dotar a las

⁵²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006.

⁵²⁶ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966. Aprobado mediante la Ley 74 de 1968.

⁵²⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31 de mayo 26 de 2004.

⁵²⁸ Ibidem.

⁵²⁹ Ibidem.

⁵³⁰ Suscrita en San José de costa Rica en noviembre de 1969. Aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

víctimas de tales violaciones de los medios y recursos judiciales para exigir tal investigación y juzgamiento.

29. De similar manera la “*Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”⁵³¹, y la “*Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*”⁵³², reafirman que todo acto de tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y son violatorios de los derechos humanos, por lo cual es compromiso de los Estados signatarios adoptar medidas para prevenir y sancionarlos. Dentro de las obligaciones concretas que asumen los Estados para estos propósitos, están la de garantizar a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura, el derecho a que su caso sea examinado imparcialmente.

30. En la “*Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*”⁵³³ los Estados americanos signatarios parten de la base de que la desaparición forzada de personas viola múltiples derechos esenciales de la persona humana, por lo cual se comprometen a no practicarla ni permitir que se practique, y a sancionar a los autores de este delito, sus cómplices y encubridores. Así mismo a tomar medidas legislativas para tipificar el delito, cuya acción penal no estará sujeta a prescripción.

31. Aunado a lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, interpretando las obligaciones estatales en materia de justicia en el caso de infracciones graves al **Derecho Internacional Humanitario**, ha señalado lo siguiente:

“Las protecciones derivadas del derecho al debido proceso y la protección judicial aplicables en los conflictos armados internacionales y no internacionales, previstos en los Convenios de Ginebra, se corresponden en forma sustancial con las protecciones del derecho internacional de los derechos humanos y exigen a los Estados el juzgamiento y sanción de personas que cometan u ordenen la comisión de infracciones graves al derecho internacional humanitario. Estas obligaciones no admiten derogación por causa de la vigencia del conflicto. En los casos en que, por ejemplo, el derecho internacional humanitario prescribe estándares mínimos del debido proceso, los Estados no pueden recurrir a derogaciones permisibles bajo el derecho internacional de los derechos humanos. Este criterio encuentra respaldo en los artículos 27 y 29 de la Convención Americana que prohíben derogaciones incongruentes con las demás obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional y que prohíbe toda interpretación de la Convención que restrinja el goce del ejercicio de un derecho o libertad reconocida en virtud de otra convención de la cual el Estado sea parte”.⁵³⁴ (Subrayas fuera del original)

32. El Estatuto de Roma, mediante el cual se crea la Corte Penal Internacional, establece como uno de sus objetivos nucleares la lucha contra la impunidad de la criminalidad sistemática. Según lo define el Preámbulo del mismo Estatuto, el ánimo que impulsó a la creación de esta Corte fue el reconocimiento de que “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia*”.

⁵³¹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984, aprobada mediante la Ley 70 de 1986.

⁵³² Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985, aprobada mediante la Ley 406 de 1997, declarada exequible mediante la Sentencia C-351 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁵³³ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Belém do Pará, Brasil, en 1994. Aprobada mediante la Ley 707 de 2001, revisada mediante la Sentencia C-580 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵³⁴ Informe de la –comisión Interamericana de Derechos humanos sobre el proceso de desmovilización en Colombia. Diciembre 13 de 2004.

33. La jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, contienen la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte hará referencia a algunos de los asuntos con relevancia para este análisis, que han sido precisados mediante estas decisiones, y transcribirá los apartes más significativos de ciertas sentencias proferidas en esa instancia judicial.

Entre los asuntos que han sido objeto de interpretación y precisión a través de estas decisiones, se destacan, por su relevancia para el presente estudio, los siguientes:

(i) La obligación estatal de prevenir los graves atentados contra los derechos humanos, de investigarlos cuando ocurran, procesar y sancionar a los responsables, y lograr la reparación de las víctimas.

“184. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte, aunque es claro que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.

...

187. El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.

(...)La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”⁵³⁵.

⁵³⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de enero de 1989. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. En ese caso el señor Godínez Cruz, dirigente sindical, fue secuestrado y posteriormente desaparecido. Las pruebas obrantes dentro del proceso permitieron establecer que el hecho fue ejecutado por las autoridades hondureñas, dentro de una práctica generalizada de desaparecer a personas consideradas peligrosas. La Corte consideró que Honduras había violado, en perjuicio del señor Godínez Cruz, los deberes de respeto y garantía de los derechos a la vida,

(ii) La incompatibilidad de las leyes de amnistía, de las disposiciones de prescripción y del establecimiento de excluyentes de responsabilidad, respecto de graves atentados contra los derechos fundamentales reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Las obligaciones de investigar, procesar y sancionar judicialmente los graves atentados en contra de los derechos humanos internacionalmente protegidos, tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, son incompatibles con leyes o disposiciones de cualquier índole que dispongan respecto de estos delitos amnistías, prescripciones o causales excluyentes de responsabilidad. Este tipo de leyes o disposiciones, por conducir a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, conllevan una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y generan la responsabilidad internacional del Estado. Además, por esas mismas razones, tal tipo de leyes “carecen de efectos jurídicos”⁵³⁶.

(iii) *La eventual aplicación del principio de oportunidad frente a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos. Una referencia a un caso colombiano.*

“216. En razón de lo anterior, el Estado deberá utilizar los medios que sean necesarios, de acuerdo con su legislación interna, para continuar eficazmente y con la mayor diligencia las investigaciones abiertas, así como abrir las que sean necesarias, con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a todos los responsables de la ejecución extrajudicial del Senador Manuel Cepeda Vargas, y remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que puedan mantener la impunidad en este caso. En particular, el Estado deberá conducir las investigaciones con base en los siguientes criterios⁵³⁷:

(...)

f) Realizar con especial diligencia, la indagación por la interacción del grupo ilegal con agentes estatales y autoridades civiles, la investigación exhaustiva de todas las personas vinculadas con instituciones estatales y de miembros de grupos paramilitares que pudieron estar involucrados. Así, la aplicación del principio de oportunidad⁵³⁸ o la concesión de cualquier otro beneficio administrativo o penal no debe generar ningún tipo de obstáculo para una debida diligencia en las investigaciones de criminalidad asociada a la comisión de violaciones graves de derechos humanos”. (Se destaca).

(...)

En cuanto a la futura posible aplicación de la Ley 1312 de 2009, la cual reforma la Ley 906 de 2004 en relación con el principio de oportunidad, el Tribunal nota que la misma contempla la posibilidad de aplicar dicho principio a las personas desmovilizadas de un grupo paramilitar y faculta a la Fiscalía General de la Nación a suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en estos casos. En particular la ley indica que para acceder a dicho beneficio la persona desmovilizada debe haber manifestado con actos inequívocos su voluntad de reintegrarse a la

la integridad y la libertad personales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Síntesis, sentencia C-370 de 2006).

⁵³⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 14 de marzo de 2001.

⁵³⁷ Cfr. Caso Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala, supra nota 57, párr.233.

⁵³⁸ A esta altura del texto original se inserta la nota de pie de página No 316. Por pertinencia, su contenido se destaca en el cuerpo de la sentencia.

sociedad, no haber sido postulado al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, y no debe existir en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, con excepción de la pertenencia a la organización criminal, utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones. Si bien dicha ley establece que “para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad del juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal”, la Corte ya ha constatado que este tipo de disposiciones normativas puede ser insuficiente si no se da en forma concomitante una verificación rigurosa por parte de las autoridades encargadas de las investigaciones, o del Ministerio Público, de tales aseveraciones (...)⁵³⁹

(iv) El derecho de acceso a la justicia de las víctimas de las graves violaciones de derechos humanos y la relación de este derecho con la razonabilidad de los plazos dentro de los cuales deben adoptarse las decisiones judiciales.

“Este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables⁵⁴⁰ .

En efecto, es necesario recordar que el presente es un caso de ejecuciones extrajudiciales y en este tipo de casos el Estado tiene el deber de iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva⁵⁴¹. Durante el proceso de investigación y el trámite judicial, las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben tener amplias oportunidades para participar y ser escuchados, tanto en el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables, como en la búsqueda de una justa compensación⁵⁴² .

(v) *La no suspensión de las obligaciones de los Estados partes de la Convención Americana en materia de investigación, juzgamiento y sanción de los atentados contra los derechos humanos, mientras se adelantan procesos de paz.*

“Tal como fue señalado, en casos de ejecuciones extrajudiciales, la jurisprudencia de este Tribunal es inequívoca: el Estado tiene el deber de iniciar ex officio, sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva (supra párr. 219), que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa⁵⁴³ .

⁵³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sección V, Serie C No. 216. Nota de pie de página No. 316.

⁵⁴⁰ Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, supra nota 11, párr. 66; Caso 19 Comerciantes, supra nota 190, párr. 188, y Caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párr. 209.

⁵⁴¹ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 145; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 185, párr. 131, y Caso Myrna Mack Chang, supra nota 5, párr. 157.

⁵⁴² Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 147; Caso Hermanas Serrano Cruz. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C No. 120, párr. 63, y Caso 19 Comerciantes supra nota 193, párr. 186.

⁵⁴³ Cfr. Caso de la Comunidad Moiwana, supra nota 4, párr. 146; Caso Hermanas Serrano Cruz, supra nota, párr. 61, y Caso Bulacio, supra nota 196, párr. 112.

[...] el Estado tiene la obligación de combatir tal situación [la impunidad] por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares⁵⁴⁴.

En este sentido, la Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atraviesa Colombia en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado Parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente⁵⁴⁵. El Tribunal ha sostenido que al llevar a cabo o tolerar acciones dirigidas a realizar ejecuciones extrajudiciales, no investigarlas de manera adecuada y no sancionar, en su caso, a los responsables, el Estado viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido⁵⁴⁶ y reproduce las condiciones de impunidad para que este tipo de hechos vuelvan a repetirse^{547,548}.

(vi) *El deber de reparación de los graves atentados contra los derechos humanos.*

“170. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para que, además de garantizar el respeto de los derechos conculcados, se reparen las consecuencias producidas por las infracciones y se establezca, *inter alia*, el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados⁵⁴⁹. La obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno⁵⁵⁰.

“171. Las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño

⁵⁴⁴ Cfr. Caso *Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 126. Asimismo, Caso de la Comunidad *Moiwana*, supra nota 4, párr. 203; Caso de las Hermanas *Serrano Cruz*, supra nota 11, párr. 170, y Caso de los Hermanos *Gómez Paquiyauri*, supra nota 185, párr. 148.

⁵⁴⁵ Cfr. Caso de la Comunidad *Moiwana*, supra nota 4, párr. 153; Caso de las Hermanas *Serrano Cruz*. Excepciones Preliminares, supra nota , párr. 118, y Caso *Bámaca Velásquez*, supra nota 201, párr. 207.

⁵⁴⁶ Cfr. Caso de la Comunidad *Moiwana*, supra nota 4, párr. 153; Caso *Juan Humberto Sánchez*, supra nota 78, párr. 134, y Caso *Trujillo Oroza*. Reparaciones. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C No. 92, párrs. 99 a 101 y 109.

⁵⁴⁷ Cfr. Caso de los Hermanos *Gómez Paquiyauri*, supra nota 185, párr. 130, y Caso *Myrna Mack Chang*, supra nota 5, párr. 156.

⁵⁴⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de septiembre de 2005. Caso *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Los hechos que suscitaron el caso consistieron en la llegada al aeropuerto de San José de Guaviare de aproximadamente un centenar de miembros de la autodefensas Unidas de Colombia (AUC), procedentes del Urabá antioqueño. A su llegada fueron recogidos por miembros del Ejército Nacional, y transportados hasta el municipio de Mapiripán, en camiones de esa Institución. Durante su permanencia en Mapiripán, los paramilitares secuestraron, torturaron, asesinaron y descuartizaron a 49 personas, a las que acusaban de auxiliar a la guerrilla. La Fiscalía concluyó que la masacre se había perpetrado con el apoyo y aquiescencia de la Fuerza Pública. Pese a ser informados, los comandantes del ejército se mantuvieron en completa inactividad. Transcurridos más de ocho años, la justicia penal no había logrado identificar a las víctimas, y solo había juzgado y sancionado a unas pocas personas comprometidas en la masacre.

⁵⁴⁹ Cfr. Caso de las Hermanas *Serrano Cruz*, supra nota 9, párr. 135; Caso *Carpio Nicolle y otros*, supra nota 82, párr. 87; y Caso *Masacre Plan de Sánchez*. Reparaciones, supra nota 82, párr. 53.

⁵⁵⁰ Cfr. Caso de las Hermanas *Serrano Cruz*, supra nota 9, párr. 135; Caso *Lori Berenson Mejía*, supra nota 10, párr. 231; y Caso *Carpio Nicolle y otros*, supra nota 82, párr. 87.

ocasionado en los planos material e inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores⁵⁵¹ „⁵⁵².

(vii) El derecho de los familiares y de la sociedad en general a conocer la verdad.

“76. El derecho que toda persona tiene a la verdad, ha sido desarrollado por el derecho internacional de los derechos humanos⁵⁵³, y, como sostuvo esta Corte en anteriores oportunidades, la posibilidad de los familiares de la víctima de conocer lo sucedido a ésta⁵⁵⁴, y, en su caso, dónde se encuentran sus restos⁵⁵⁵, constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo⁵⁵⁶.

“77. Finalmente, es obligación del Estado, según el deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención, asegurar que estas graves violaciones no se vuelvan a repetir. En consecuencia, debe hacer todas las gestiones necesarias para lograr este fin. Las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado, como lo ordenara esta Corte en la sentencia de fondo. La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes con el propósito de que tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro.

“78. Por consiguiente, la Corte reitera que el Estado tiene la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana en el presente caso, así como de divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables.”⁵⁵⁷

⁵⁵¹ Cfr. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, *supra* nota 9, párr. 136; *Caso Carpio Nicolle y otros*, *supra* nota 82, párr. 89; y *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 225.

⁵⁵² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 15 de junio de 2005. Caso comunidad Moiwana vs. Suriname. Los hechos que dieron lugar al proceso consistieron en que las fuerzas armadas de Suriname atacaron la comunidad N'djuka Maroon de Moiwana. Los soldados masacraron a más de 40 hombres, mujeres y niños, y arrasaron la comunidad. Los que lograron escapar huyeron a los bosques circundantes, y después fueron exiliados o internamente desplazados. A la fecha de la presentación de la demanda no había habido una investigación adecuada de la masacre, nadie habría sido juzgado ni sancionado, y los sobrevivientes permanecerían desplazados de sus tierras.

⁵⁵³ Véase, por ejemplo, *United Nations Human Rights Committee, Quinteros v. Uruguay, Communication No. 107/1981, decision of 21 July 1983*; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 49º período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet*, UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45º período de sesiones, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe definitivo presentado por Theo van Boven, Relator especial, E/CN.4/Sub.2/1993/8.

⁵⁵⁴ Cfr. *Caso Cantoral Benavides, Reparaciones*, *supra* nota 5, párr. 69; *Caso Villagrán Morales y otros, Reparaciones*, *supra* nota 5, párr. 100; y *Caso Paniagua Morales y otros, Reparaciones*, *supra* nota 5, párr. 200.

⁵⁵⁵ Cfr. *Caso Castillo Páez*, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 90; *Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 58; y *Caso Neira Alegría y Otros, Reparaciones*, *supra* nota 38, párr. 69.

⁵⁵⁶ Cfr. *Caso Castillo Páez*, *supra* nota 6, párr. 90. En igual sentido *cfr.* Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 49º período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. Joinet*, UN General Assembly Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1; y Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 45º período de sesiones, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, Informe definitivo presentado por Theo van Boven, Relator especial, E/CN.4/Sub.2/1993/8.

⁵⁵⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2000. Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. Los hechos que dieron lugar a este proceso consistieron en el apresamiento del líder guerrillero Efraín Bámaca

Las anteriores conclusiones provienen de sentencias de un tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 de la Constitución colombiana prescribe que los derechos y deberes consagrados en esa Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, por lo que la jurisprudencia reseñada resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno.

34. El “Conjunto de Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”⁵⁵⁸, proclamados por la ONU en 1998, conforma un marco conceptual de gran valor como fuente de Derecho Internacional, en la medida que contiene los lineamientos formulados por las Naciones Unidas para la lucha contra la impunidad en materia de graves violaciones de derechos humanos. Son directrices construidas a partir de pautas normativas y jurisprudenciales de Derecho Internacional, así como de la experiencia histórica proveniente de procesos de tránsito a la democracia o de consolidación del Estado de Derecho en distintas naciones. Sus principales directrices se pueden sintetizar así:

(i) Durante los procesos de transición hacia la paz, a las víctimas les asisten tres categorías de derechos: a) el derecho a saber, b) el derecho a la justicia y c) el derecho a la reparación.

(ii) El derecho a saber es imprescriptible e implica la posibilidad de conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. Este derecho también hace referencia al derecho colectivo a conocer qué pasó, garantía que tiene su razón de ser en la necesidad de prevenir que las violaciones se reproduzcan y que implica la obligación de “memoria” pública sobre los resultados de las investigaciones.

(iii) El derecho a la justicia implica la garantía de un recurso judicial efectivo, a la reparación y a la no repetición. Esto implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación. A esta garantía se asocia el deber estatal de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, asegurar su sanción.

(iv) Dentro del proceso penal las víctimas tiene el derecho de hacerse parte para reclamar su derecho a la reparación.

(v) En todo caso, las reglas de procedimiento deben responder a criterios de debido proceso.

(vi) La prescripción de la acción penal o de las penas no puede ser opuesta a los delitos graves que según el derecho internacional sean considerados crímenes contra la humanidad, ni correr durante el período donde no existió un recurso eficaz.

(vii) En cuanto a la disminución de las penas, las “leyes de arrepentidos” son admisibles dentro de procesos de transición a la paz, se “pero no deben exonerar totalmente a los autores”.

(viii) La reparación tiene una dimensión doble (individual y colectiva) y en el plano individual abarca medidas de restitución, indemnización y readaptación.

pr el ejército guatemalteco. Estando detenido fue torturado a fin de que revelara información. Y luego fue desaparecido, sin que hasta el momento de la serencia se tuviera información sobre su paradero.

⁵⁵⁸ Cfr. La actualización presentada el 8 de febrero de 2005 por la profesora Diane Orentlicher, experta independiente de la Comisión de Derechos Humanos encargada de llevar a cabo tal actualización.

(ix) En el ámbito colectivo, la reparación se logra a través de medidas de carácter simbólico o de otro tipo que se proyectan a la comunidad.

(x) Dentro de las garantías de no repetición, se incluye la disolución de los grupos armados acompañada de medidas de reinserción.

35. Los derechos de las víctimas en la jurisprudencia constitucional colombiana. Especial referencia a la garantía de un recurso judicial efectivo.

En aplicación de las facultades de interpretación que se derivan del artículo 93 de la Carta, esta Corporación ha acogido los desarrollos del derecho internacional en relación con los derechos de las víctimas de la grave criminalidad, haciendo extensivos sus principios y concepciones básicas, a las víctimas de los delitos en general⁵⁵⁹. Así ha señalado que, *“las víctimas de los delitos tienen un derecho a la verdad y a la justicia, que desborda el campo de la simple reparación, tal y como lo ha señalado con claridad la doctrina internacional en materia de derechos humanos, que es relevante para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93). Por ello, los derechos de las víctimas trascienden el campo puramente patrimonial”*⁵⁶⁰.

Esta concepción de los derechos de las víctimas, a partir de los estándares internacionales, encuentra igualmente respaldo en varios principios y preceptos constitucionales: (i) En el mandato de que los derechos y deberes se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (Art. 93 CP); (ii) en el hecho de que el Constituyente hubiese otorgado rango constitucional, a los derechos de las víctimas (Art. 250 num. 6 y 7 CP); (iii) en el deber de las autoridades en general, y las judiciales en particular, de propender por el goce efectivo de los derechos de todos los residentes en Colombia y la protección de los bienes jurídicos (Art. 2° CP); (iv) en el principio de dignidad humana que promueve los derechos a saber qué ocurrió, y a que se haga justicia (Art.1° CP); (v) en el principio del Estado Social de Derecho que propugna por *la participación*, de donde deviene que la intervención de las víctimas en el proceso penal no puede reducirse exclusivamente a pretensiones de carácter pecuniario; (vi) y de manera preponderante en el derecho de acceso a la administración de justicia (Art. 229), del cual se derivan garantías como la de contar con procedimientos idóneos y efectivos para la determinación legal de

⁵⁵⁹ Desde la sentencia C-293 de 1995, la Corte dejó sentada la tesis acerca de la superación de la concepción meramente económica de los derechos de las víctimas en el proceso penal. Esta doctrina fue reiterada en la C- 163 de 2000, C- 178 de 2002, T-1267 de 2001, T- 694 de 2000. En la sentencia C-1149 de 2001 la Corte extendió la doctrina constitucional sobre los derechos de las víctimas, a los procesos de competencia de la justicia penal militar. La sentencia C- 228 de 2002 desarrolló los derechos a la verdad y a la justicia a la luz de los principios de la Constitución, y del derecho internacional. Esta doctrina ha sido consistentemente reiterada en las sentencias C-805 de 2002, C- 875 de 2002, T- 556 de 2002, C- 451 de 2003, C- 570 de 2003, C-775 de 2003, C- 899 de 2003, C-014 de 2004, C-114 de 2004 (en materia disciplinaria), C-998 de 2004, C-1154 de 2005, C- 1177 de 2005, C- 591 de 2005, C-979 de 2005. En la sentencia C-578 de 2002, revisión de la Ley 742 de 2002, *“por medio de la cual se crea el Estatuto de La Corte Penal Internacional”*, se destacan la efectividad de los derechos de las víctimas y el propósito de evitar la impunidad, como razones políticas para declarar la exequibilidad de la Ley. La sentencia C- 916 de 2002, examinó la responsabilidad civil derivada del hecho punible. En la sentencia C-04 de 2003, se hace énfasis en las obligaciones correlativas de investigación seria que corresponden al Estado, frente a los derechos de las víctimas no sólo a ser reparadas, sino a saber qué ocurrió y a que se haga justicia. de tendencia acusatoria. En la sentencia C-047 de 2006, la Corte reiteró la doctrina referida a la tensión entre el derecho al *non bis in idem* y el debido proceso contenido en la sentencia C-04 de 2003 y C-979 de 2005, señalando que *“en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in idem*. En las sentencias C-454 de 2006, C-209 de 2007 y C-516 de 2007, la Corte se pronunció sobre varios preceptos de la Ley 906 de 2004, que limitaban las posibilidades de acceso de las víctimas en diferentes momentos procesales.

⁵⁶⁰ Cfr. Sentencia C- 228 de 2002.

los derechos y las obligaciones, la resolución de las controversias planteadas ante los jueces dentro de un término prudencial y sin dilaciones injustificadas, la adopción de decisiones con el pleno respeto del debido proceso, así como la existencia de un conjunto amplio y suficiente de mecanismos para el arreglo de controversias.

En desarrollo de esos postulados, el alcance de los derechos de las víctimas de la criminalidad compleja de que se ocupa el derecho internacional, aplicables a las víctimas de los delitos en general, ha sido sistematizado así por la jurisprudencia:

“a. El derecho a la verdad.

31. El conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁵⁶¹ (principios 1° a 4) incorporan en este derecho las siguientes garantías: (i) el derecho inalienable a la verdad; (ii) el deber de recordar; (iii) el derecho de las víctimas a saber.

El primero, comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo, consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al estado. Y el tercero, determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados puedan entablar ante la justicia, tiene el derecho imprescriptible a conocer la verdad, acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”⁵⁶², y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte.⁵⁶³

32. Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de *acceder a la verdad*, implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima⁵⁶⁴.

b. El derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.

⁵⁶¹ Esta sistematización se apoya en el “*Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*”. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente Diane Orentlicher, de acuerdo con informe E/CN.4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos.

⁵⁶² Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

⁵⁶³ Cfr. Entre otras las sentencias C- 293 de 1995 y C- 228 de 20002.

⁵⁶⁴ Cfr. Sentencias T- 443 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz ; C- 293 de 1995, MP, Carlos Gaviria Díaz.

33. Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el derecho de acceso a la justicia, tiene como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal⁵⁶⁵, y el derecho a *participar* en el proceso penal⁵⁶⁶, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en "*que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas*"⁵⁶⁷

c. El derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.

34. El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas *individuales* relativas al derecho de (i) restitución, (ii) indemnización, (iii) rehabilitación, (iv) satisfacción y (v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas.⁵⁶⁸

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación"⁵⁶⁹.

En conclusión, la jurisprudencia constitucional colombiana ha incorporado en el orden interno, los estándares internacionales establecidos en los sistemas de protección de derechos humanos, respecto de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al derecho internacional humanitario, extendiendo sus contenidos a las víctimas de los delitos en general. En tal sentido ha entendido que los derechos de las víctimas, incorporan el derecho a la verdad, el derecho a que se haga justicia en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad, y el derecho a la reparación integral del daño que se ha ocasionado a la víctima o a los perjudicados con el delito.

⁵⁶⁵ Cfr. Sentencia C- 412 de 1993, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁶⁶ Cfr., Sentencia C- 275 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁶⁷ Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General. mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293 de 1995.

⁵⁶⁸ Cfr. Art. 33 del Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

⁵⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia C-454 de 2006.

El derecho a la justicia incluye el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos, así como el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo. Por su relevancia para este análisis de constitucionalidad se hará una breve referencia a este último.

36. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo

Con fundamento, igualmente, en el artículo 93 de la Constitución, la jurisprudencia de esta Corporación ha recordado que tanto la Declaración Americana de Derechos del Hombre⁵⁷⁰ como la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁷¹, marcan una tendencia en el derecho internacional hacia el desarrollo de instrumentos que garanticen el derecho de todas las personas a una tutela judicial efectiva de sus derechos, a través de la cual no sólo obtengan reparación por el daño sufrido, sino también se garanticen sus derechos a la verdad y a la justicia.⁵⁷²

Esa tendencia del derecho internacional también está presente en el sistema de Naciones Unidas. La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por consenso la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder"⁵⁷³, según la cual las víctimas "tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido" y para ello es necesario que se permita "que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio de los del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente".

Recordó que los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagran el derecho de todas las personas a acudir a los procesos judiciales para ser escuchadas con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, para la determinación de sus derechos y obligaciones. De particular relevancia en relación con los derechos de las víctimas, es el artículo 25 de este instrumento que hace parte de la protección judicial a la cual está obligado el Estado. Esta norma consagra el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales

⁵⁷⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, OAS Res. XXX, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana (1948), reimpreso en Documentos Básicos Concernientes a los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser. L.V/IL82 doc.6 rev.1 p. 17 (1992). Artículo XVIII. Derecho de justicia. Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

⁵⁷¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948). Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

⁵⁷² En igual sentido Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párrafo. 24.

⁵⁷³ Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Acceso a la justicia y trato justo. "4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. 5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. 7. Se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

competentes, que la ampare contra violaciones de sus derechos fundamentales⁵⁷⁴.

A su turno, el Estatuto de la Corte Penal Internacional consagró de manera expresa los derechos de las víctimas a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos de la causa en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y a apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses.⁵⁷⁵ Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex - Yugoslavia, también contienen disposiciones sobre la protección de las víctimas.⁵⁷⁶

En el orden interno colombiano, la Constitución Política, consagra en sus artículos 29 y 229, el derecho de acceso a la justicia como un derecho fundamental, susceptible de ser amparado a través de la acción de tutela (Art. (86 C.P.), pero además como expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado. En su ámbito se inscribe el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, del cual forman parte las garantías de comunicación e información, que posibilitan el agotamiento de las acciones y los recursos judiciales, los cuales se constituyen en los mecanismos más efectivos para proteger y garantizar eficazmente los derechos de quienes han sido víctimas de una conducta punible. Del deber del Estado de proteger ciertos bienes jurídicos a través de la tutela penal, emerge la obligación de garantizar la protección judicial efectiva de los mismos.

Sobre la garantía del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (CP, artículos 29 y 229), ha establecido la jurisprudencia que su garantía depende de que éstas puedan intervenir en

⁵⁷⁴ "Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a.) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b.) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c.) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

⁵⁷⁵ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Artículos 19.3, 65.4, 68, 75 y 82.4.

⁵⁷⁶ Estatuto para el Tribunal Internacional para el Juzgamiento de personas responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia desde 1991, Artículo 20. Apertura y conducción del proceso. 1. La Cámara de Primera Instancia debe ocuparse de que el proceso sea imparcial y expedito y que la instancia se desarrolle de conformidad con las reglas de procedimiento y de prueba, que los derechos del acusado sean plenamente respetados **y que la protección de las víctimas y de los testigos sea debidamente asegurada.** Artículo 22. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal Internacional prevé en sus reglas de procedimiento y de **prueba medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de su identidad.** (se destaca).

Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda. Artículo 14. Reglas de procedimiento y de pruebas. A los efectos de las actuaciones ante el Tribunal Internacional para Rwanda, los magistrados del Tribunal Internacional adoptarán las reglas de procedimiento y de pruebas aplicables a la etapa preliminar del proceso, al juicio propiamente dicho, a las apelaciones, a la admisión de pruebas, a la protección de las víctimas y testigos y a otros asuntos pertinentes del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia, con las modificaciones que estimen necesarias. Artículo 19. Iniciación y tramitación del juicio. 1. La Sala de Primera Instancia deberá velar porque el procedimiento sea justo, expedito y que se tramite de conformidad con las normas de procedimiento y de pruebas, con pleno respeto de los derechos del acusado y **con la consideración debida a la protección de las víctimas y los testigos.** Artículo 21. Protección de las víctimas y de los testigos. El Tribunal Internacional para Rwanda, adoptará disposiciones, en sus reglas de procedimiento y de **prueba medidas de protección para las víctimas y los testigos. Las medidas de protección comprenden, como mínimo, las audiencias a puerta cerrada y la protección de su identidad.** (Se destaca).

cualquier momento del proceso penal, aún en la fase de indagación preliminar. Su intervención no sólo está orientada a garantizar la reparación patrimonial del daño inferido con el delito, sino también a la satisfacción de sus derechos a la justicia y a la verdad. En ocasiones, incluso la representación de las víctimas en el proceso penal tiene unos cometidos exclusivamente vinculados al goce efectivo de los derechos a la justicia y la reparación. Bajo estas consideraciones la Corte Constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia⁵⁷⁷.

37. En suma, la protección a los derechos de las víctimas que se deriva de los estándares internacionales, acogidos por la jurisprudencia de esta corporación hace relación: (i) a que debe existir un recurso judicial efectivo al alcance de las víctimas de los delitos que constituyen graves violaciones de derechos humanos o de Derecho Internacional Humanitario; (ii) al deber de los Estados de garantizar el acceso a la justicia; y (iii) al deber de investigar las violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario a fin de que se conozca la verdad; (iv) a la obligación de los Estados de cooperar para la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de Derecho Humanos, así como a la restauración de los derechos de las víctimas.

A la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, el Congreso de la República debe considerar que, tanto de la Constitución como de los compromisos internacionales de Colombia, emanan obligaciones en materia de protección de los derechos de las víctimas de los delitos. Estos mandatos constitucionales y estas obligaciones internacionales tienen que ser ponderados con los intereses estatales de racionalización de la persecución penal, que subyacen bajo la consagración constitucional del principio de oportunidad penal.

La finalidad de la reforma constitucional de 2002 (A.L. 03/02) como límite a la potestad de configuración de las causales del principio de oportunidad

38. De los debates legislativos que precedieron a la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2002⁵⁷⁸, se deduce que la finalidad fundamental para la instauración del principio de oportunidad como figura nuclear del nuevo sistema penal de tendencia acusatoria, fue el de ***“racionalizar la actividad investigativa del Estado encausándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social”***⁵⁷⁹.

Este propósito general podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios tales como: (i) La ínfima importancia social de un hecho punible, idea que parte del reconocimiento de que existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto realmente no hay lesión, ni potencial afectación antijurídica; (ii) La reparación integral y la satisfacción plena de la víctima, especialmente en aquellos

⁵⁷⁷ Esta doctrina fue desarrollada tanto en el ámbito de la justicia penal militar, como de la justicia penal ordinaria. Cfr. Sentencias C-293 de 1995; C- 163 de 2000; C- 1149 de 2001; C-228 de 2002; C- 805 de 2002; C-916 de 2002; C-454 de 2006; C-209 de 2007 y C-516 de 2007..

⁵⁷⁸ Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 157 del 10 de mayo de 2002; Gaceta del Congreso núm. 232 del 14 de junio de 2002; Gaceta del Congreso núm. 401 del 27 de septiembre de 2002; Gaceta del Congreso núm. 432 de 2002; Gaceta del Congreso 531 del 21 de noviembre de 2002 y Gaceta del Congreso núm. 110 del 11 de marzo de 2003.

⁵⁷⁹ Gaceta del Congreso núm. 148 del 7 de mayo de 2002.

delitos de contenido económico; (iii), la culpabilidad disminuida⁵⁸⁰; (iv) o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta.

Sobre el particular ha expresado esta Corte que:

“La Constitución no señala explícitamente los casos en los cuales dicha persecución no resultaría razonable, dejando este señalamiento al legislador. Al repasar los antecedentes históricos del proceso que llevó a la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, se encuentra que el constituyente expresamente mencionó o puso como ejemplo algunas circunstancias que ameritarían el diseño de causales de aplicación de la oportunidad penal. Vg., se refirió a conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, o a la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; así mismo puso de presente que en el régimen procesal penal antes vigente, la oportunidad penal ya venía operando en “en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dictaba el fiscal cuando había conciliación por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándola en los casos de sentencia anticipada o audiencia especial.⁵⁸¹

Pero a pesar de estos ejemplos, el constituyente secundario defirió expresamente al legislador el señalamiento de las causales de procedencia de la oportunidad penal, como se deduce del tenor literal del artículo 250 superior.⁵⁸² En tal virtud, el legislador goza de una amplia potestad legislativa a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales resulta desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal, pudiendo establecer a su arbitrio, por ejemplo, que la ínfima importancia social de un hecho punible, la culpabilidad disminuida, o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta, etc., sean causales que permitan prescindir de la persecución. Es decir, en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, que pueden dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de razonabilidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal”⁵⁸³.

39. De este modo, el constituyente secundario trazó una directriz general para que el legislador estableciera las causales para la aplicación del principio de oportunidad. Esa pauta general fue la racionalización e la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal, cometido que podría ser alcanzado mediante la aplicación de criterios tales como la escasa importancia social del hecho punible, la ausencia vulneración real o potencial a los de bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado, la reparación integral y la satisfacción plena de la víctima,

⁵⁸⁰ En la doctrina jurídico penal este concepto alude a aquellas situaciones en que el legislador optar por ecluir la pena “por falta de necesidad preventiva de punición”.

⁵⁸¹ Cf. Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2005.

⁵⁸² **“Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”** (Negrillas fuera del original)

⁵⁸³ Corte Cons

especialmente en materia de criminalidad económica, y en general la revaluación del interés público en la persecución de la conducta.

Los rasgos constitucionales del principio de oportunidad, como límites a la potestad legislativa de configuración de las causales para su aplicación.

40. Las características constitucionales del principio de oportunidad condicionan igualmente la labor legislativa en la configuración de las causales y presupuestos para su procedibilidad. Al respecto cabe recordar que el Acto Legislativo 03 de 2002 dispuso que la Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal de los hechos que revistan las características de un delito, que lleguen a su conocimiento por una de las siguientes vías: denuncia, petición especial, querrela o de oficio, *“siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible comisión del mismo”*. En consecuencia, la Fiscalía no podrá suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal, *“salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”*.

Partiendo de esta configuración constitucional, la jurisprudencia de esta Corte⁵⁸⁴ ha destacado los siguientes rasgos del principio de oportunidad: (i) es una figura de aplicación *excepcional* mediante la cual se le permite al fiscal suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal; (ii) las causales de aplicación del principio de oportunidad deben ser establecidas por el legislador de manera *clara e inequívoca*; (iii) debe ser aplicado en el marco de la *política criminal* del Estado; (iv) su ejercicio estará sometido al *control de legalidad* por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías; (v) su regulación debe ser compatible con el respeto por lo *derechos de las víctimas*.

De acuerdo con el mandato constitucional, corresponde al legislador señalar los casos excepcionales en los cuales la Fiscalía puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Sin embargo, tal como lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corte, a la hora de diseñar las causales excepcionales para la aplicación del principio de oportunidad el Congreso debe respetar además de la finalidad constitucional de la institución (*Vid. Supra*), otros parámetros superiores como son: el deber de asegurar la vigencia de un orden justo y en esa marco garantizar los derechos de las víctimas; el principio de legalidad; y la articulación del principio con la política criminal del Estado.

Por la especial relevancia para el análisis de constitucionalidad que se adelante, se procede a hacer específica referencia al principio de legalidad, como rasgo constitucional que condiciona la labor de regulación del legislador.

El principio de legalidad como límite constitucional a la potestad de configuración legislativa en el diseño de las causales para la aplicación del principio de oportunidad

41. De acuerdo con el contenido normativo del artículo 250 de la Constitución, la Fiscalía General de la Nación *“está obligada”* a ejercer la acción penal y a llevar a cabo la investigación de los delitos; por consiguiente, como regla general, *“(n)o podrá, ... suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal.”* Sin embargo, a esta regla general se opone una excepción, que es introducida por el constituyente mediante la utilización de la expresión *“salvo en los casos que establezca la ley”*.

⁵⁸⁴ Las características del principio de oportunidad se encuentran analizadas, de manera especial en las sentencias C-673 de 2005, C-591 de 2005, C-979 de 2005 y C-095 de 2007.

De la anterior configuración se deduce el carácter *excepcional y reglado* del principio de oportunidad. Sobre este atributo la Corte ha señalado que para que el desarrollo de la institución se ajuste a lo previsto en el artículo 250 Superior, es decir, para que efectivamente mantenga su carácter excepcional y se aplique solamente “*en los casos que establezca la ley*”, las causales que autorizan su aplicación “*deben ser definidas por el legislador de manera clara y precisa, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria.*”⁵⁸⁵ De esta forma, en virtud del carácter excepcional o reglado del principio de oportunidad acogido por el constituyente, “*al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.*”⁵⁸⁶

42. Sobre las razones por las cuales se exige cierto grado de precisión y claridad en el señalamiento de las casuales de aplicabilidad del principio de oportunidad, la Corte hizo las siguientes consideraciones que ahora resulta oportuno recordar:

“La Corte considera que si bien el legislador cuenta con un margen para configurar las causales de procedencia del principio de oportunidad, cada una de ellas debe quedar consagrada de manera precisa e inequívoca, de forma tal que el juez de control de garantías pueda realmente determinar si en un caso concreto procede o no renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal.

“Al respecto, es preciso tener en cuenta que si bien el principio de oportunidad constituye una excepción a aquel de legalidad, la Constitución autoriza al titular de la acción penal para disponer de ella cuando se cumplan determinados requisitos establecidos en la ley, es decir, se trata de la aplicación de un principio reglado que está sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

“En este orden de ideas, cuando el legislador al momento de regular el principio de oportunidad, diseña las causales respectivas, debe hacerlo de manera tal que no resulten imprecisas o vagas, a fin de no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa, que desborde el marco de la excepcionalidad, e imposibilite de tal manera el ejercicio del control de legalidad.

“En efecto una norma que regule de manera imprecisa y vaga el ejercicio del principio de oportunidad, impide al juez de control de legalidad contar con los suficientes elementos de juicio para establecer si los hechos que sirven de base o de presupuestos para la aplicación de aquel se encuentran o no presentes en el caso concreto.

“En efecto, en materia penal, dado que el principio de legalidad obliga a las autoridades estatales a investigar y sancionar cualquier delito que se cometa en su territorio, la excepcional aplicación del principio de oportunidad, para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal dentro del marco de la política criminal del Estado, debe encontrarse perfectamente delimitada por el legislador, con el propósito de que el control judicial que se ejerza sobre la aplicación de aquél sea realmente efectivo. En otras palabras, frente a una causal de procedencia del principio de oportunidad, que haya sido establecida de manera

⁵⁸⁵ Corte Constitucional, sentencia C-673 de 2005.

⁵⁸⁶ Ibidem.

equivoca y ambigua por el legislador, el juez de control de garantías no podrá adelantar su labor, desvirtuándose de esta forma uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, cual es la inexistencia de potestades discrecionales inmunes al control judicial.”⁵⁸⁷.

43. Finalmente, ha puntualizado la Corte que la exigencia de claridad y precisión en el diseño de las causales legales de aplicación del principio de oportunidad *“no resulta contradictoria con el reconocimiento de algún grado aunque sea mínimo de discrecionalidad al fiscal para evaluar si en un caso concreto debe aplicarse o no dicho principio”*⁵⁸⁸ Se trata, justamente, de establecer límites objetivos, claros y precisos a las facultades discrecionales de los funcionarios. De hecho, como se enfatizó en pretérita oportunidad *“la incorporación a la Constitución Política del principio de oportunidad penal fue hecha por el constituyente secundario en el entendimiento de que la aplicación de tal principio por parte de la Fiscalía estaría sujeta a (i) la definición por parte del legislador de los casos estrictos y taxativos en que procedería, y (ii) al control del juez de garantías. Es más, aprecia que sólo animado por la inclusión de esas seguridades, el Congreso otorgó su confianza a la mencionada institución, propia del sistema penal acusatorio”*.

44. En conclusión, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone determinar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse. La definición por parte del legislador de los casos estrictos y taxativos en que procedería, cumple propósitos fundamentales de seguridad jurídica para el procesado y las víctimas, orientar el ejercicio del margen de discrecionalidad que se reconoce al fiscal para la aplicación del principio de oportunidad, y permitir y eficaz control judicial por parte del Juez de Garantías.

Las razones que motivaron la expedición de la Ley 1312 de 2009.

45. La iniciativa de reformar parcialmente el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, plasmada en el Proyecto de Ley 261/08 Senado y 342/08 Cámara, surgió del seno del Consejo de Política Criminal y de la Comisión de Seguimiento a la implementación del Sistema Penal Acusatorio. Al respecto se señala en la ponencia para primer debate⁵⁸⁹: *“Como recomendación principal se propuso en el marco de la política criminal y como manifestación concreta de la misma”* la reforma del principio de oportunidad a fin de vigorizarlo extendiendo la posibilidad de su aplicación a la etapa del juicio y de dotarlo de eficacia *“para desarticular organizaciones criminales”* en el marco de la lucha contra el tráfico de drogas y el terrorismo.

46. Se consideró en la primera fase del tránsito legislativo que a través de la cooperación que ofrece el principio de oportunidad, en el marco de la política criminal del Estado, se podría hallar la prueba para vincular a la investigación a jefes de grupos armados o de organizaciones criminales (determinadores, líderes, auspiciados y promotores). Su aplicación a integrantes de organizaciones criminales que no tengan un nivel alto en la organización, estimularía el suministro de información y elementos probatorios para su desactivación, como miras a su desmantelamiento. Esta estrategia permitiría focalizar los esfuerzos hacia el ataque a la estructura y funcionamiento de las sociedades delictivas⁵⁹⁰.

47. En el *“Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley N. 342 de 2008 Cámara y 261 de 2008 Senado, “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el*

⁵⁸⁷ Ibidem

⁵⁸⁸ Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007.

⁵⁸⁹ Congreso de la República Gaceta No. 378 de junio 18 de 2008. Pag. 1.

⁵⁹⁰ Cfr. Gaceta del Congreso No. 446 de julio 24 de 2008.

principio de oportunidad”, se encuentran consignadas las motivaciones que llevaron a los legisladores a incluir la norma acusada en el texto del artículo 324 del C.P.P.

“OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY Y PROPUESTAS DE MODIFICACIONES PARA SEGUNDO DEBATE:

1. Reformular todo el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, combinando conceptos de insignificancia, reparación, interés de la víctima, formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos, colaboración con la justicia, etc.

En igual sentido se busca establecer una definición clara y concordante con el artículo 250 de la Constitución Política sobre el principio de oportunidad y su aplicación.

2. Acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que algunos autores de conductas de narcotráfico y terrorismo puedan ser beneficiados con la aplicación del principio de oportunidad cuando colaboren con la justicia o sirvan como testigo y siempre que no constituyan cabecillas o jefes.

3. Acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron en el marco de la Ley de Ley de Justicia y Paz y en general en el marco de las negociaciones de paz con el Gobierno Nacional, puedan ser beneficiarios del principio de oportunidad. En este mismo sentido se sugiere establecer audiencias colectivas para cuando concorra un número considerable de desmovilizados, para lo cual se establecerá un párrafo o inciso al numeral 17 del artículo 324 del texto aprobado en la Comisión Primera.

4. Precisar las prohibiciones para incluir el tema de los menores víctimas de delitos dolosos y los criminales de guerra.

5. Respalda la propuesta de que el principio de oportunidad opere tanto en la investigación como en el juzgamiento y proponer una fórmula para la desestimación de denuncias sin fundamento.

6. Se busca igualmente excluir de la aplicación del principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido a su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico”.

48. Específicamente en lo que atañe a la extensión del principio de oportunidad a los desmovilizados en el marco de las negociaciones de paz se expuso lo siguiente:

“Al tenor de lo manifestado por la Honorable Corte Suprema de Justicia⁵⁹¹, es menester del legislativo no solo adoptar un marco normativo con el cual pueda darse una salida jurídica a la

⁵⁹¹ Se hace referencia a la sentencia de julio 11 de 2007, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que el alto Tribunal consideró, de una parte, que los crímenes cometidos por los grupos paramilitares o de autodefensas, no podían ser calificados como delitos políticos y por ende, resultaba improcedente la concesión de amnistías o indultos en relación con aquellos; y de otro lado, que quien hubiese cometido el delito de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340.2 del Código Penal, no podía solicitar los beneficios jurídicos de que trata el artículo 69 de la Ley 975 de 2005. En relación con el primer aspecto señaló: “Debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron efectuados con el propósito de atentar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener

problemática de miles de desmovilizados de grupos al margen de la ley, sino que tal marco jurídico goce de pleno respeto y protección de las garantías constitucionales a los derechos humanos y el compromiso del Estado colombiano con la búsqueda de la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas del conflicto.

De cara a lo anterior es necesario advertir que pese a la preocupación que asiste a quienes suscribimos la presente ponencia por dotar de mecanismos jurídicos a las instituciones y a la Rama Judicial para la eficacia de programas de desmovilización y eventuales acuerdos humanitarios y de desarticulación de grupos al margen de la ley, sean estos grupos guerrilleros, paramilitares o bandas emergentes, **el principio de oportunidad debe ser entendido dentro del marco de la Ley 906 de 2004, como una herramienta procesal dentro del derecho penal y su implementación obedece a una política criminal que atienda en justas proporciones un espectro general y completo del delito en el derecho interno**, por lo que su implementación no puede desconocer los niveles de criminalidad y los fenómenos delictivos contra los cuales se ha fortalecido la lucha institucional día a día y **que entre otras cosas debe responder a estándares internacionales sobre conductas consideradas de desestabilidad de la seguridad internacional.**

III. Pliego de modificaciones

Teniendo en cuenta las numerosas recomendaciones del órgano de control constitucional sobre la necesidad de reglas de manera detallada, expedita y clara la aplicabilidad del principio de oportunidad dentro del Sistema Penal Acusatorio, dada la orientación de la política criminal del Estado, frente a la cual cabe advertir, no puede convertirse en solución mediática a problemáticas individualmente evaluadas, sino que debe responder a la posición del Estado frente a la prevención, sanción y erradicación del delito, frente a la protección de los Derechos Humanos y la determinación de la punibilidad para delitos de lesa humanidad, frente al reproche del terrorismo y el narcotráfico que han sido fuentes de agravación de la corrupción de las instituciones públicas y el debilitamiento de las relaciones entre Estado y sociedad, poder público y sociedad, se propone realizar algunas modificaciones al texto aprobado por la Comisión Primera del Senado, con la finalidad de dar mayor claridad al texto de la norma y evitar así la discrecionalidad con la que en ejercicio de una indebida interpretación legal o judicial pueda transformarse el verdadero espíritu de la norma”

Aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados:

De acuerdo con la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia de julio 11 de 2007, en la que se determinó que los desmovilizados de grupos de autodefensas debían responder ante la justicia ordinaria por el delito de concierto para delinquir agravado, este órgano legislativo debe responder a las necesidades de determinar de forma clara y expresa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que puede ser considerado objeto de la aplicación del principio de oportunidad el caso de más de 19.000 desmovilizados de las AUC, dada la problemática

beneficios particulares, pretender que una norma identifique como delito político conductas claramente señaladas como delitos comunes resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de la doctrina nacional y extranjera. De lo dicho se sigue que quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensas, cualquiera que sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiados de amnistía (o) indulto (...). Y en cuanto a lo segundo expresó: “Aceptando en gracia de discusión que el procesado se desmovilizó como miembro de un grupo armado ilegal en los términos de la legislación vigente, no es posible cesar el procedimiento en su favor porque se le acusa de concierto para delinquir agravado, delito respecto del cual no está prevista tal modalidad”.

que frente al sistema judicial y frente a la sociedad colombiana, que reclama verdad, justicia y reparación, representa el no definir de una u otra forma dicha situación.

(...)

La desarticulación de las bandas criminales, la erradicación del delito, la eficacia respecto de los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas y el respeto por los derechos humanos como ejes de la política criminal del Estado.

“De cara a la justicia transicional, teniendo en cuenta el informe de la Fiscalía General de la Nación (...) a la fecha existen 31.804 miembros desmovilizados de grupos al margen de la ley, de los cuales 3.538 han sido postulados a la ley de justicia y paz por el Gobierno Nacional, y 28.100 desmovilizados han sido escuchados en versión libre, diligencias de las cuales han resultado 10.748 resoluciones inhibitorias de las que actualmente se han apelado 205. En igual sentido la Fiscalía General de la Nación llama la atención en la necesidad de buscar solución para los desmovilizados de grupos al margen de la ley a quienes, en virtud y cumplimiento del fallo de la Corte Suprema, no se les puede aplicar los beneficios contenidos en la Ley 782 de 2002.

Al respecto cabe advertir, que el principio de oportunidad **no puede ser utilizado para dilatar los procesos judiciales que tienen una justa causa y en ese sentido generar un ambiente de total impunidad frente a graves violaciones de derechos humanos, delitos de lesa humanidad y otros tantos punibles ante los cuales no puede ceder la política criminal del Estado**, por ello se propone como causal para la aplicación del principio de oportunidad frente a los desmovilizados que no pueden obtener ningún beneficio contenido en la Ley 782 de 2002 y que han sido excluidos en igual medida de los beneficios de la Ley 975 de 2005, el siguiente texto... (...) ⁵⁹²”.

49. Del examen de los antecedentes legislativos que condujeron a la inclusión de la causal 17 en el artículo 324 del C.P.P., se pueden extraer los siguientes puntos aspectos relevantes:

49.1. La reforma se inserta en el marco de la política criminal del Estado, y como una manifestación de la misma, con el propósito de ampliar las posibilidades procesales y sustanciales de procedibilidad del principio de oportunidad, extendiendo su aplicabilidad a la etapa del juicio y estableciendo nuevas causales de procedibilidad.

49.2. Acogiendo propuesta de la Fiscalía General de la Nación, se decidió incluir como beneficiarios del principio de oportunidad a los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron en el marco de la Ley de Justicia y Paz y en general en el marco de las negociaciones de paz con el Gobierno Nacional. Se trataba, según lo sostuvo el fiscal, de encontrar una “*salida jurídica*” a la situación en que se encontrarían cerca de 19.000 desmovilizados de las AUC.

49.3. Se contempló la posibilidad de adelantar audiencias colectivas para cuando concurra un número considerable de desmovilizados.

49.4. Se adujo la finalidad de evitar que el principio de oportunidad regulado en la reforma que se introducía a la Ley 906 de 2004, se aplicara para delitos relacionados con las violaciones graves a los

⁵⁹² Congreso de la República, Gaceta No. 217 de abril 17 de 2009, pag. 12.

derechos humanos y al derecho internacional humanitario, por cuanto se generaría una impunidad inaceptable.

Contenido y alcance normativo de los preceptos acusados. La norma se profirió en el marco de la potestad legislativa para la configuración de la política criminal del Estado.

50. El numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., así como el párrafo 3 del mismo, deben ser interpretados de conformidad con el artículo 250 de la Constitución que contempla el principio de oportunidad, para ser regulado “dentro del marco de la política criminal del Estado”. Los principios que orientan el Sistema Penal Acusatorio, del cual el mencionado instrumento es parte nuclear, concurren igualmente como guías hermenéuticas de los preceptos acusados.

A continuación se realiza una presentación esquemática del contenido normativo de las normas demandadas:

Destinatarios. Según el numeral 17 del artículo 324 del estatuto procesal penal, la Fiscalía General de la Nación, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en relación con el desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley.

Condiciones. Para que el desmovilizado pueda hacerse acreedor de tal beneficio debe cumplir con las siguientes condiciones:

- Que manifieste *con actos inequívocos* su propósito de reintegrarse a la sociedad.
- Que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecido en la Ley 975 de 2005.
- Que no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o *después* de su desmovilización,
- Se exceptúa de la anterior exigencia “*la pertenencia a la organización criminal*”, y los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones, los cuales se entienden incluidos en *la pertenencia a la organización*.
- La solicitud para la aplicación del beneficio será formulada por el fiscal, y se tramitará en audiencia que podrá ser *individual o colectiva*.
- El desmovilizado deberá firmar una declaración, bajo la gravedad del juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a la “*pertenencia a la organización criminal*”, *utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones*
- La ausencia de esta declaración juramentada conducirá a la pérdida del beneficio.

Vigencia retroactiva: la causal se retrotrae a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 03 de 2002, es decir, a diciembre 19 de 2002⁵⁹³.

Exclusiones explícitas: El principio de oportunidad no podrá ser aplicado en investigaciones o acusaciones relacionadas con los siguientes hechos:

- Los que sean constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario⁵⁹⁴

⁵⁹³ **Artículo 5°.** *Vigencia.* El presente Acto Legislativo rige a partir de su aprobación, pero se aplicará de acuerdo con la gradualidad que determine la ley y únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia que en ella se establezca. La aplicación del nuevo sistema se iniciará en los distritos judiciales a partir del 1° de enero de 2005 de manera gradual y sucesiva. Sobre el particular, la sentencia C- 801 de 2005 puntualizó: “(L)as reformas introducidas a la estructura básica de acusación y juzgamiento del proceso penal colombiano rigen a partir de la fecha de la aprobación del Acto Legislativo. Es decir, tales reformas están vigentes y empezaron a regir desde el 19 de diciembre de 2002, pues en esa fecha fueron finalmente aprobadas y, además, publicadas en el diario oficial No.45.040”.

- Los delitos de lesa humanidad⁵⁹⁵
- Los crímenes de guerra⁵⁹⁶
- El genocidio⁵⁹⁷
- Las conductas dolosas cuando la víctima sea un menor de 18 años.

Control. Acudiendo a una interpretación sistemática del precepto acusado es preciso señalar que el juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad obligatorio y automático respecto de las solicitudes individuales o colectivas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad. El control se adelantará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. (Art. 327).

⁵⁹⁴ Las acciones y omisiones con las cuales se infringe las prohibiciones y los deberes que imponen las disposiciones aplicables a los conflictos armados se denominan, en general, “infracciones al derecho internacional humanitario”. Son infracciones “**graves**” las señaladas por los artículos 50 del Convenio I, 51 del Convenio II, 130 del Convenio III y 147 del Convenio IV. También son infracciones graves las que se encuentran señaladas en los artículos 11, 85 y 86 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. La gravedad de las infracciones alude al carácter especialmente injusto que reviste el acto con el cual se da lugar a la misma, y por la magnitud del impacto negativo que se produce sobre las condiciones necesarias para salvaguardar la dignidad humana. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, una grave infracción al derecho internacional humanitario comporta “*La infracción de una norma que protege valores importantes y debe implicar graves consecuencias para la víctima*” (Sala de Apelaciones del TPY, el Fiscal vs. Dusko Tadic. Octubre 2 de 1995).

⁵⁹⁵ De acuerdo con el artículo 7.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se entiende por *crimen de lesa humanidad* cualquiera de los actos inhumanos allí relacionados (asesinato, exterminio, esclavitud, tortura, desaparición forzada de personas, persecución, entre otros), cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Por ataque contra una población civil se entiende “*una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos de los mencionados en el artículo 7.1 del Estatuto contra una población civil de conformidad con la política de un estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política*”. (Art. 7.2 Estatuto de Roma). El ataque será *generalizado* cuando produce un importante número de víctimas, y tendrá el carácter de *sistemático* “*cuando los hechos son ejecutados dentro de pautas significativas de ideación, planeación y organización*” (Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2006).

⁵⁹⁶ Los crímenes de guerra son, de manera general, aquellas conductas que infringen grave o seriamente las leyes y usos aplicables a los conflictos armados de carácter internacional o no internacional. Con arreglo al documento de los “Elementos de los crímenes” aprobado en septiembre de 2002 por la Asamblea de estados partes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, los elementos comunes a todos los crímenes de guerra son (i) Que el autor haya incurrido en una grave violación al derecho internacional humanitario de las previstas en el estatuto; (ii) Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional o no internacional; (iii) Que el autor haya sido conciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de ese conflicto.

⁵⁹⁷ De acuerdo con el artículo 101 del Código Penal incurre en el crimen de genocidio: “El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros (...)” Se incurre en una modalidad atenuada, cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

- “ 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.
2. Embarazo forzado.
3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.
5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal “deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hechos presentes en la actuación”. (Art. 328).

Exigencia de prueba sobre la responsabilidad. La aplicación del principio de oportunidad “solo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad”. (Art. 327).

Efectos de la aplicación. La decisión que prescinda de la persecución penal extinguirá la acción respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide (Art.329).

51. De acuerdo con las premisas sentadas hasta este momento, encuentra la Corte que la Ley 1312 de 2009, es una estrategia normativa que se inserta dentro de la política criminal del Estado. Como tal debe ceñirse a los postulados constitucionales, en particular, al respeto de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso y a la dignidad humana. Este marco impone una metodología de análisis distinta a la de una iniciativa legislativa, explícitamente diseñada como mecanismo de justicia transicional. En este contexto, destaca la Corte que el legislador goza de una amplia potestad de configuración para el diseño de las causales que permiten la aplicación del principio de oportunidad. Sin embargo, esta potestad encuentra claros límites en los derechos de las víctimas de los delitos y el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario; las finalidades que orientaron la reforma constitucional (A.L. No. 03 de 2002) que introdujo en el sistema penal de tendencia acusatoria el principio de oportunidad; los rasgos constitucionales del principio de oportunidad, en particular su carácter excepcional y reglado, que se proyecta en la necesidad de que las causales para su aplicación se encuentren definidas de manera clara e inequívoca, a fin de garantizar, no solamente la seguridad jurídica implícita en los fines de este postulado, sino un efectivo control por parte del juez de garantías.

Análisis de los cargos de inconstitucionalidad.

(i) La aplicación causal 17 del artículo 324 del C.P.P., vulnera el orden justo, los derechos de las víctimas, y desconoce el deber del Estado de investigar y juzgar las graves violaciones de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario.

52. Según los demandantes, los preceptos acusados son contrarios a la obligación internacional contraída por el Estado colombiano de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos y las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, así como de garantizarles a las víctimas el acceso a un recurso judicial efectivo, a conocer la verdad de los hechos y a obtener una reparación integral, consagrados en la Constitución (Arts. 1, 2, 6, 12, 29, 93 y 229), y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en particular en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, generando así un escenario injustificado de impunidad.

Para fundamentar el cargo sostiene que la causal 17 se aplica en abstracto a un grupo de desmovilizados cuya única obligación es declarar que no han cometido violaciones de derechos humanos, sin que las víctimas tengan acceso al procedimiento para controvertir su versión y sin que exista investigación ni identificación del beneficiario que permita igualmente controvertir las decisiones que afecten los derechos de las víctimas; tampoco está prevista medida alguna para su reparación.

53. Al respecto observa la Corte que el numeral 17 del texto reformado del artículo 324 del C.P.P., en lo que concierne a la actitud procesal del desmovilizado que aspira a acogerse al beneficio, plantea dos requerimientos para la aplicación del principio de oportunidad: (i) que manifieste con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad; y (ii) la suscripción de una declaración bajo la gravedad del juramento en la que afirme no haber cometido un delito, diferente a los establecidos en la causal, es decir, el que resulte de “*la pertenencia a la organización criminal*”, la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Una aproximación a estos presupuestos, permite a la Corte sostener que ninguno de ellos involucra elementos de verdad o de justicia. Ciertamente, no se exige para el otorgamiento del beneficio la confesión ni actos de cooperación que contribuyan al establecimiento del alcance de la responsabilidad del desmovilizado en los crímenes cometidos por la organización delictiva en la cual militó como actor armado, o a la desarticulación de la organización armada.

Advierte la Corte que condicionar la concesión del beneficio a una declaración juramentada del imputado o acusado, en el sentido que no ha sido autor o partícipe de delitos graves, representa una clara renuncia del Estado a la investigación dejando librada a la voluntad, al interés y a la conveniencia del desmovilizado la definición del alcance de su compromiso punitivo en los crímenes atribuidos a la organización. Se parte de una especie de presunción, acerca de que se trata de miembros de los grupos ilegales armados que por su ubicación en la base de la organización (miembros rasos) no pueden ser considerados como autores o partícipes de las múltiples y graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario que según informes públicos y estadísticos que obran dentro del proceso⁵⁹⁸ son atribuibles a los grupos de autodefensa, de los cuales formaron parte los desmovilizados.

54. Tal presunción solo podría ser desvirtuada, según la norma, con otras investigaciones que arrojen evidencia en el sentido de que el postulado encuentra comprometida su responsabilidad en delitos distintos a los que señala el precepto, pero no se contempla una exigencia investigativa dentro del proceso en el cual se evalúa la aplicación al principio de oportunidad; en éste, de antemano y bajo el amparo de la declaración juramentada del implicado, se renuncia a la investigación penal.

Aún si se exigiera la confesión respecto de esta grave criminalidad, tal actitud procesal sólo podría dar lugar a una rebaja de pena, y no a la renuncia a la acción penal, comoquiera que la normatividad internacional impone restricciones a los efectos de las “*leyes sobre arrepentidos*” respecto de los autores de delitos graves conforme al derecho internacional. De acuerdo con el *Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, el hecho de que autor, después del período de investigación y captura, revele las violaciones cometidas por él mismo o por otros para beneficiarse de las disposiciones favorables de las leyes relativas al arrepentimiento, no lo eximirá de responsabilidad, en particular, penal. Ese hecho sólo puede ser causa de reducción de la pena para contribuir a la manifestación de la verdad⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ Informe del Jefe de la Unidad de Justicia y Paz (Fol. 30). Consigna el número de víctimas que se encuentran registradas, discriminadas por cada uno de los frentes de la organización delictiva. Presenta un consolidado de 254.683 víctimas, “registradas”, del accionar delictivo de esa organización armada. Las autoridades judiciales han registrado, a través de los procesos penales de Justicia y Paz, la comisión de alrededor de 62.000 hechos delictivos, de los cuales 22.000 han sido confesados por sus propios autores o partícipes.

⁵⁹⁹ Anexo del Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de Principios para la lucha contra la impunidad presentado la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el 2005, E/CN.4/2005102/Add. 1 al 8 de febrero de 2005.

55. La causal 17 para la aplicación del principio de oportunidad, ni siquiera plantea actividad investigativa al interior de este proceso para descartar la implicación del futuro beneficiario en la comisión de crímenes de derecho internacional. No obstante la elocuencia de las cifras⁶⁰⁰ que demuestran la violación sistemática y a gran escala de los derechos humanos por parte de las organizaciones de las cuales formaron parte los desmovilizados, la multiplicidad de víctimas y el accionar de los perpetradores a través de estructuras con un alto grado de organización y mediante la división de trabajo, no se diseña una estrategia investigativa, que aún en el marco de las limitaciones derivadas de la disponibilidad de recursos y la complejidad del asunto, se oriente con sinceridad y pretensión de eficacia a excluir de la aplicación del beneficio procesal a personas involucradas en grave criminalidad. La norma no plasma una auténtica voluntad política de investigar, juzgar y sancionar a los autores o partícipes de los crímenes, o de descartar la autoría o participación del desmovilizado en dichos ilícitos.

56. Tal como lo han advertido las agencias internacionales que velan por la eficacia de los derechos humanos⁶⁰¹, una iniciativa de judicialización de los crímenes de organización o de sistema⁶⁰², no se satisface con esclarecer lo acontecido en hechos aislados, sino que debe extenderse a las relaciones de poder e intereses entre determinadores y perpetradores, desentrañar las políticas, prácticas y contextos que determinaron o favorecieron la perpetración de violaciones sistemáticas y generalizadas. Frente a este fenómeno la tarea de investigación y juzgamiento no se satisface con describir la comisión del acto criminal, sino que es preciso esclarecer los eslabones y entender la naturaleza instrumental de los casos individuales, identificar patrones en el ejercicio de la violencia, el contexto de acción colectiva y prácticas facilitadoras y desentrañar el fondo ideológico del accionar delictivo y su motivación. Una de las características de la denominada criminalidad compleja o de sistema radica justamente en que desafía el entendimiento y las prácticas tradicionales en la aplicación del derecho penal⁶⁰³.

La estrategia investigativa para enfrentar un fenómeno criminal de esta entidad no puede reducirse a una declaración jurada del integrante de la organización delictiva señalada de cometer crímenes de derecho internacional, en la que aquel manifieste que no ha perpetrado delitos de esta naturaleza. La existencia de una estrategia de judicialización adecuada para enfrentar los desafíos que plantea la comisión de una multiplicidad de crímenes y un gran número de investigados o enjuiciados, constituye uno de los ejes fundamentales para la satisfacción de las exigencias de verdad y de justicia.

⁶⁰⁰ Ver el informe del Jefe de la Unidad de Justicia y Paz (Fol. 30). Consigna el número de víctimas que se encuentran registradas, discriminadas por cada uno de los frentes de la organización delictiva. Presenta un consolidado de 254.683 víctimas, "registradas", del accionar delictivo de esa organización armada. Las autoridades judiciales han registrado, a través de los procesos penales de Justicia y Paz, la comisión de alrededor de 62.000 hechos delictivos, de los cuales 22.000 han sido confesados por sus propios autores o partícipes. De acuerdo con información de las autoridades judiciales a través de los procesos penales de justicia y paz se ha registrado la comisión de 62.000 hechos delictivos, de los cuales solo 22.000 han sido confesados por sus autores o partícipes. De otra parte, los datos reportados por la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, y la Unidad Nacional de Fiscalías (Informe General de Justicia y Paz, agosto de 2010), dan cuenta que la cifra global de desmovilizados registrados (entre paramilitares y guerrilleros) es de 53.254. De éstos, 4.482 fueron postulados a la Ley de Justicia y Paz., de los cuales 1.212 no han confesado hechos criminales.

⁶⁰¹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights OHCHR. Rules of Law Tools for Post-Conflict States, Prosecution Initiatives, HR/PUB/06/4. (2006)

⁶⁰² La criminalidad de sistema es una figura creada por la doctrina especializada con el fin de analizar cómo se debería asumir la investigación y juzgamiento de la criminalidad compleja perpetrada por aparatos de poder. AMBOS, Kai. "La parte general del derecho penal internacional; bases para la elaboración de una dogmática". Mastergraf, Uruguay, 2005, pag. 73-90.

⁶⁰³ *Ibidem*.

57. La decisión legislativa de sustituir una adecuada estrategia de investigación en los términos señalados, por la declaración jurada que deberá rendir el futuro beneficiario de la renuncia a la persecución penal, presenta múltiples problemas constitucionales y de política criminal.

En primer lugar, como se ha señalado hasta ahora, comporta la renuncia del Estado a investigar conductas delictivas que podrían implicar violaciones graves a los derechos humanos e infracciones serias al derecho internacional humanitario, contraviniendo así claros mandatos internacionales en la materia.

En segundo lugar, la particular estrategia investigativa tendría como único eje la *autoincriminación* del investigado en relación con la pertenencia al grupo armado al margen de la ley, el uso ilegal de uniformes e insignias y el porte no autorizado de armas y municiones. En efecto, en la norma se conmina al imputado o acusado a que bajo la gravedad, reconozca su participación en los ilícitos allí mencionados, de lo contrario continuará *sub júdice* por otras posibles infracciones.

En tercer lugar, no obstante que la norma se inserta dentro de la regulación del principio de oportunidad penal, se aparta de los principios que lo orientan como es aquél relativo a la preservación de la presunción de inocencia y la necesidad de *“un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipificación”*.

No se exige en el precepto cuestionado, prueba mínima de responsabilidad y ni siquiera tipificación de la conducta, toda vez que se alude a un hecho fáctico que, como se demostrará más adelante, podría encuadrar en diversos tipos penales *“la pertenencia a una organización criminal”*. Finalmente, la potestad otorgada a la Fiscalía en el sentido de solicitar *“audiencias colectivas”* para conceder el principio de oportunidad, es una muestra adicional de la ausencia de un verdadero propósito de investigar los delitos y la responsabilidad en que hubiesen podido incurrir los miembros desmovilizados de la organización armada ilegal.

Lo anterior es demostrativo de que la aplicación del principio de oportunidad en virtud de la causal analizada no está precedida de una investigación rigurosa de historial delictivo de los desmovilizados a quienes se pretende favorecer con la suspensión, interrupción o renuncia a la persecución penal.

58. El imperativo ético y normativo en el sentido que los Estados enfrenten con seriedad la lucha contra la impunidad en relación con las atrocidades del pasado, para satisfacer las necesidades de justicia de las víctimas y de la sociedad, requiere de investigaciones *“rápidas, minuciosas, independientes e imparciales”* de las violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Estos requerimientos no se satisfacen con la estrategia que plantea el numeral 17 del artículo 324 del C.P., a través del cual se renuncia a la investigación, no como una consecuencia de la acreditación de que el desmovilizado no incurrió en alguno de los delitos excluidos del beneficio (graves infracciones del derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio o conductas dolosas contra menor de edad), sino como producto de la decisión legislativa de sustituir la investigación por la propia manifestación del presunto implicado.

59. De esta manera la previsión del párrafo 2° del artículo 324 C.P.P., en el sentido que *“No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años”*, resulta siendo retórica en el caso de la causal 17 comoquiera que, su propia configuración excluye de antemano la posibilidad de que en el proceso en que se aplicaría el principio de oportunidad se descarte mediante una investigación seria el compromiso penal del desmovilizado en un evento criminal de esta naturaleza.

La gravedad de estos crímenes denominados de derecho internacional, debido a la lesividad que comportan, obliga a las autoridades estatales a investigar oficiosamente a todos los responsables, razón por la cual en relación con ellos no puede renunciar a la acción penal, a través de la figura del principio de oportunidad. Al respecto esta Corporación ha señalado que *“una de las limitaciones a la aplicación del principio de oportunidad es la existencia de acuerdos internacionales en virtud de los cuales Colombia se comprometa a sancionar delitos que por su gravedad ofenden la conciencia social y resultan especialmente sensibles en el panorama internacional”*⁶⁰⁴.

60. Las investigaciones aparentes, encaminadas a crear una simple formalidad que permite espacios de impunidad, son contrarias al deber de investigación seria que debe llevarse a cabo frente a las violaciones de los derechos humanos, y recordó que la exigencia de una investigación real y seria está estrechamente vinculada al deber de preservación de los derechos de las víctimas, entre los que ocupa un lugar preeminente el derecho a la verdad⁶⁰⁵.

Al respecto cobra particular relevancia lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con la normatividad que es objeto de este análisis:

*“Si bien dicha ley [se refiere a la Ley 1312 de 2009] establece que “para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad del juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal”, la Corte ya ha constatado que este tipo de disposiciones normativas puede ser insuficiente si no se da en forma concomitante una verificación rigurosa por parte de las autoridades encargadas de las investigaciones, o del Ministerio Público, de tales aseveraciones (...)”*⁶⁰⁶

61. Aunado a lo anterior, la pretensión de aplicar el principio de oportunidad a los desmovilizados, sin que tal iniciativa esté precedida de una investigación que demuestre que los potenciales beneficiarios no han incurrido en alguno de los crímenes excluidos de su aplicación, deja al juez de garantías sin elementos de juicio para ejercer un auténtico control judicial en relación con la solicitud de individual o colectiva de la Fiscalía.

Aunque se prevé la convocatoria a una audiencia especial (Art. 327) en la que la víctima y el Ministerio Público *“podrán controvertir la prueba”*, el sustento probatorio de la solicitud será, en la mayoría de los casos, la *declaración jurada* del postulado al beneficio, en el sentido de no haber cometido ninguno de los crímenes excluidos. En tales condiciones, la única manera de controvertir y desvirtuar tal evidencia, sería probando que el desmovilizado sí cometió alguno de los crímenes en los que se prohíbe la aplicación del mecanismo, con lo cual se trasladaría a la víctima el deber – propio del Estado - de investigar los delitos constitutivos de graves violaciones al derecho internacional, hipótesis que evidentemente resulta inaceptable.

La sustitución del deber de investigar, exigida para todos los eventos por la filosofía misma del principio de oportunidad, y para la grave criminalidad por los mandatos constitucionales y de derecho internacional, por una declaración jurada del interesado, no salvaguarda los derechos de las víctimas a conocer la verdad y a que se haga justicia, comoquiera que no se garantizan mecanismo accesibles para que concurren al proceso. En últimas, toda posibilidad de investigación de un crimen grave

⁶⁰⁴ Corte Constitucional, sentencia C-738 de 2008.

⁶⁰⁵ Corte Constitucional, sentencia C-979 de 2005.

⁶⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sección V, Serie C No. 216. Nota de pie de página No. 316.

queda librada a la voluntad del desmovilizado quien, bajo juramento, manifestará no haber incurrido en ese tipo de ilícitos.

62. La falta de previsión de mecanismos de acceso para las víctimas se pone en evidencia, en el informe que la propia Fiscalía General de la Nación rindió en este proceso:

“Tampoco se ha considerado pertinente iniciar trámite alguno para la aplicación del principio de oportunidad teniendo en cuenta que no se encuentra definida la forma en que habrán de intervenir las víctimas dentro del mismo, su convocatoria, representación y formas de reparación, pues como se trata del delito de concierto para delinquir, no está plasmado a cuáles víctimas se cita ó, si por el contrario se debe convocar al total de víctimas del grupo armado organizado al margen de la ley en que militó el imputado. En este último caso estaríamos en una situación compleja, pues por ejemplo del bloque norte de las AUC tenemos un registro de 40.912 víctimas por hechos atribuibles a este (a 31 de julio de 2010), lo que generaría un caos para la entidad que se encargue de su citación y el traslado al sitio en donde se desarrollará la diligencia”⁶⁰⁷.

63. En conclusión, la renuncia del Estado a investigar y sancionar los delitos que afectan más gravemente a la dignidad humana, resulta inaceptable como expresión de la política criminal del Estado. Tal proceder resulta así mismo inadmisibles, en aparentes o reales estados de transición hacia la paz, bajo criterios de conveniencia política o de utilidad pública. La falta de investigación y sanción de esta clase de delitos conduce al desconocimiento del derecho de las víctimas al acceso a un recurso judicial efectivo, y por esa vía a la justicia, la verdad y la reparación integral. Con este proceder el Estado incumple obligaciones internacionales – tanto de fuente consuetudinaria como convencional – de investigar, enjuiciar y sancionar a los autores de graves violaciones de derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, generando un ambiente propicio para la repetición crónica de estas conductas.

(ii) La causal 17 del artículo 324 del C.P.P. quebranta los límites constitucionales previstos para la aplicación del principio de oportunidad.

64. Sostienen los demandantes que la disposición acusada vulnera el artículo 250 de la Constitución que contempla un principio de oportunidad reglado. Aducen que la norma crea una causal para la aplicación del principio de oportunidad de naturaleza ambigua e indeterminada. Esta ambigüedad e indeterminación se advierte en la indefinición de aspectos estructurales de la disposición, tales como (i) la identificación de los delitos a los cuales se aplica, (ii) el suministro de parámetros normativos objetivos que eliminen la discrecionalidad del fiscal a la hora de aplicar el principio de oportunidad, y (iii) la posibilidad de participación de las víctimas en un proceso penal determinado.

65. Sobre el particular, destaca la Corte que el principio de legalidad informa todo el sistema jurídico penal colombiano, como una garantía de los ciudadanos para acceder de manera igualitaria a la administración de justicia, bajo condiciones de seguridad jurídica y en la confianza de que la persecución de los delitos está precedida de reglas claras, que aseguren que la administración de justicia penal no dependerá de la buena voluntad de las autoridades encargadas de su ejecución.

En estricto sentido, a este principio se le denomina de taxatividad o de tipicidad, y exige que las normas penales estén inequívoca o taxativamente definidas por la ley, de tal manera que la labor de

⁶⁰⁷ Fiscalía General de la Nación. Unidad de Justicia y Paz. Oficio UNJP 013381, agosto 31 de 2010.

los funcionarios judiciales (jueces o fiscales) se limite a verificar si frente a determinada conducta o situación concurren los supuestos inequívocamente descritos por el legislador.

66. El principio de oportunidad está concebido como una excepción al principio de legalidad y obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal. Por tratarse de una institución excepcional y reglada, tal como fue la opción elegida por el constituyente secundario colombiano, los presupuestos para su aplicación deben estar plenamente delimitados y enmarcados en la ley. Las reglas vagas y ambiguas en relación con la operatividad del principio de oportunidad pueden conducir a que el mecanismo se amplíe a hipótesis no previstas por el legislador, y a que se dificulte el control sobre las decisiones de suspensión, interrupción o renuncia a la acción penal.

Con ello no se pretende desconocer que el fiscal goza de un razonable margen de interpretación en la aplicación de la ley, pero este no es ilimitado. El legislador debe suministrarle de manera clara, elementos objetivos que le indiquen las valoraciones que debe adelantar y los fines que debe perseguir en la aplicación del mecanismo.

67. Una aproximación al contenido normativo del numeral 17 del artículo 324 del C. de P.P., permite advertir que en efecto, tal como lo señalan los demandantes y algunos de los intervinientes, contiene expresiones que no se encuentran debidamente precisadas, en los términos que lo exige el principio de taxatividad:

“17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley Que en los términos de la normatividad vigente **haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad**, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y **no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización** con excepción de la **pertenencia a la organización criminal**, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

(...)

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal”.

68. En primer lugar, advierte la Corte que la expresión “*haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, es de tal amplitud que entrega al fiscal una desmedida discrecionalidad, comoquiera que no aporta ningún criterio de naturaleza objetiva que permita valorar qué tipos de actos, actitudes o eventos, son indicativos de un auténtico propósito de reintegración social. Esta configuración contraviene el precedente de esta Corte establecido en las sentencias C-673 de 2005 y C-095 de 2007, según el cual las causales del principio de oportunidad deben ser redactadas por el legislador de manera tal que no resulten imprecisas o vagas, a fin de no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa, que desborde el marco de la excepcionalidad, e imposibilite el ejercicio del control de legalidad.

El legislador debió establecer, si no los eventos, al menos criterios objetivos que permitieran al fiscal deducir el carácter inequívoco del propósito de reinserción. Tal como está el precepto queda librada a la plena liberalidad del fiscal, la valoración de un componente que es determinante para la concesión del beneficio.

69. De otra parte, las insalvables contradicciones que presenta la redacción de la norma contribuyen eficazmente a incrementar la incertidumbre sobre el alcance de la misma. Observa la Corte que una de las condiciones previstas para la concesión del mecanismo es *“que no cursen [en contra del desmovilizado] investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones”*. (Se destaca).

Un entendimiento permitido por la redacción de la norma es el de considerar que, aún después de su desmovilización, el candidato al beneficio puede seguir delinquir a condición de que se trate de los delitos de *“pertenencia a la organización criminal”*, utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones. Esta posibilidad hermenéutica, admitida por la norma, se contrapone a las finalidades político criminales del instrumento, a la vez que incrementa la incertidumbre sobre los supuestos que permiten su aplicación. En efecto, concurren en el precepto dos condiciones acumulativas que resultan excluyentes: De un lado, demostrar con actos inequívocos el propósito de reintegración a la sociedad, y de otro, no tener investigaciones penales por hechos posteriores a la desmovilización, excepto si se trata de la pertenencia a la organización, el uso ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas. Este último requisito además, desvirtúa la condición de *“desmovilizado”* presupuesto primario y esencial para la evaluación de la causal, comoquiera que tal como está diseñada la norma, se admite la posibilidad de que el postulado a ser beneficiario del principio de oportunidad, continúe delinquir a condición de que se trate de alguno de los eventos previstos en el precepto. .

70. Tan manifiestas contradicciones presentes en la norma, impiden que el juez de control de garantías cuente con elementos de juicio, claros, fiables y unívocos para determinar si los presupuestos que el contenido normativo acusado prevé para la aplicación del principio de oportunidad, concurren en el caso concreto. El legislador no suministra criterios claros al juez de control de garantías que le permitan impartir aprobación o rechazar la solicitud de la Fiscalía, situación que desconoce el principio de taxatividad que la jurisprudencia ha considerado indispensable en el diseño de las causales de oportunidad.

71. No obstante que las observaciones precedentes ya plantean serias fisuras al principio de legalidad que debe guiar la configuración de las causales para interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal, el problema más relevante sobre este particular se presenta en la designación del delito o delitos respecto de los cuales procedería la aplicación del principio de oportunidad. De acuerdo con el tenor de la causal, esta se aplicaría respecto de *“la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones”*, siempre y cuando concurren las demás condiciones a que alude el precepto.

El análisis de segmento debe partir de la premisa establecida en el artículo 327 del mismo estatuto que prevé que *“La aplicación del principio de oportunidad (...) sólo procederá si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría, la participación en la conducta y su **tipicidad**”*. Ciertamente, las causales del artículo 324 C.P.P. están fundadas en diversos criterios tales como la entidad de la pena, la extradición, la colaboración, la insignificancia, la reparación, la baja lesividad, entre otros, lo que significa que no siempre le es exigible al legislador precisar el tipo penal, sino el supuesto de hecho de la causal. Sin embargo, cuando la naturaleza del delito es determinante para la estructuración de la causal, el legislador debe precisar el tipo penal. En el caso de la causal 17 la naturaleza del delito reviste particular relevancia justamente para excluir el riesgo de que conductas respecto de las cuales existe prohibición expresa de renuncia a la investigación, queden amparadas bajo una causal de oportunidad.

La “*pertenencia a la organización criminal*” no es una conducta tipificada como delito autónomo en la ley penal, lo que conduce a que sea la autoridad encargada de aplicar el precepto la que defina qué conductas delictivas caen bajo la órbita de la causal, a fin de determinar si se trata de punibles respecto de los cuales existe disponibilidad de la acción penal. La “*pertenencia a una organización criminal*”, constituye un elemento normativo que puede estar comprendido en más de una modalidad delictiva, o incluso puede aludir a una forma de participación colectiva en un ilícito, circunstancia que evidentemente introduce un elemento de indeterminación, en una materia en la que la definición previa, clara e inequívoca de los punibles sobre los cuales es posible suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, resulta relevante.

La expresión analizada, imprime una enorme ambigüedad a la causal 17 del artículo 324 C.P.P., circunstancia que se hizo palmaria en las intervenciones en este proceso. Así, los demandantes consideran que la causal alude al concierto para delinquir agravado (340.2)⁶⁰⁸; para la Defensoría del Pueblo la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, no alude a la comisión de ningún comportamiento que se encuentre tipificado en el actual código penal; la Fiscalía General de la Nación estima que la expresión acusada no introduce ninguna ambigüedad pero no hace referencia a una tipicidad en particular; para la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, la expresión alude al delito de concierto para delinquir (Art. 340)⁶⁰⁹, pero no *de lesa humanidad*; en tanto que para la Procuraduría la expresión “*pertenencia a la organización armada*” es sinónimo del delito de concierto para delinquir simple (Art. 340.1 C.P.)⁶¹⁰, alude a la mera militancia en la organización criminal, “*lo cual implica el uso de uniformes e insignias, así como el porte ilegal de armas*”.

Como se advierte, se trata de una expresión que admite múltiples interpretaciones, en una materia que debe ser precisada con pulcritud y transparencia: *la definición de los ilícitos que pueden ser amparados por el beneficio de oportunidad*, toda vez que es un hecho público y notorio, que se encuentra además documentado en este proceso, el que las organizaciones a las cuales pertenecen o han pertenecido los aspirantes a la suspensión, interrupción o extinción de la persecución penal, han incurrido en graves hechos delictivos, sujetos de manera inexcusable a investigación y sanción bajo el derecho internacional.

72. De acuerdo con la, jurisprudencia de esta Corte, la aplicación de las causales del principio de oportunidad exige un principio de verdad respecto de la autoría y la **tipicidad** de la conducta, comoquiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, **su adecuación típica** y la participación del investigado en la misma, a fin de que el fiscal sopesa la pertinencia de dar aplicación al principio de oportunidad y el

⁶⁰⁸ El inciso 2° del artículo 340, configura una forma **agravada** de concierto para delinquir. (...) “Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiamiento del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales vigentes”.

⁶⁰⁹ El artículo 340 incluye tres modalidades de concierto para delinquir: El simple del inciso primero, el agravado por la naturaleza particularmente grave de los delitos para los que se conciertan los actores. Y el del inciso tercero agravado por el nivel de participación o liderazgo del concertado (quien organiza, fomenta, promueve, dirige, encabeza, constituye o financia el concierto).

⁶¹⁰ “Concierto para delinquir (simple). Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años”.

juez pueda ejercer efectivo control sobre esa determinación⁶¹¹. Esto solo es posible a partir de una mínima acreditación de la ocurrencia de un hecho que debe estar previamente definido en la ley.

73. Finalmente, se incurre en otra imprecisión relevante y es la de considerar que los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias, y el porte ilegal de armas y municiones, forman parte de esa categoría delictiva establecida por la Ley 1312 de 2009, denominada “*pertenencia a la organización criminal*”, que no responde de manera cierta, como se indicó, a un hecho punible descrito por el legislador con sus elementos de conducta y sanción. Las conductas delictivas de tráfico y porte de armas de fuego o municiones, y la utilización ilegal de uniformes e insignias, son delitos autónomos previstos por el legislador en los artículos 365 y 346 del C.P., respectivamente, y si bien cae dentro de la potestad de configuración legislativa la posibilidad de crear categorías de delitos complejos o modificar las reglas del concurso de conductas punibles, esta posibilidad sólo resulta admisible entre hechos delictivos establecidos con apego al principio de taxatividad. Lo que no es admisible es que se pretenda subsumir hechos punibles autónomos en otra conducta que no se encuentra prevista conforme a estándares de legalidad estricta (tipicidad).

74. En síntesis, la causal 17 del artículo 324 del C. de P.P., tal como fue establecida por la Ley 1312 de 2009, es inconstitucional por violación del principio de legalidad, debido a que no establece de forma taxativa e inequívoca todos y cada uno de los elementos constitutivos de la causal, ni contempla criterios objetivos que orienten el margen de discrecionalidad que se reconoce al fiscal en esta materia. La incertidumbre que genera el diseño de la causal impide que el juez de control de garantías pueda ejercer un efectivo control sobre la decisión del fiscal de dar aplicación al principio de oportunidad en situaciones concretas. La Corte declarará, en consecuencia la inexequibilidad del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., introducido por el artículo 2° de la Ley 1312 de 1009.

(iii) El párrafo tercero del numeral 17 del artículo 324 C.P.P., plasma una omisión legislativa relativa en relación con las graves violaciones de derechos humanos

75. Manifiestan los demandantes que en el párrafo 3° del numeral 17 del artículo 324 del C.P., el legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, toda vez que excluyó de manera injustificada, de los supuestos en que se encuentra prohibida la aplicación del principio de oportunidad “*las graves violaciones de derechos humanos*”. Si bien se hace referencia a los *crímenes de lesa humanidad*, hay graves violaciones de derechos humanos que no encajan dentro de esta categoría y por lo tanto podrían quedar en la impunidad en el evento de ser cobijadas con el principio de oportunidad.

76. Sobre el particular, es posible advertir que de conformidad con el párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, que modificó el artículo 324 del C.P.P., no se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de *graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, o cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años*.

77. La jurisprudencia de esta corporación ha precisado que se presenta una omisión legislativa relativa cuando el legislador regula una materia de manera parcial, insuficiente o incompleta, omitiendo una condición, un sujeto destinatario, un ingrediente esencial o algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, debería formar parte de la disciplina legal o de la materia normativa. En esta hipótesis de control, el debate se suscita en torno a un texto legal que se reputa incompleto en su concepción, y que puede ser cotejado con la Carta, por resultar

⁶¹¹ Corte Constitucional, sentencia C- 209 de 2007.

arbitrario, inequitativo o discriminatorio en perjuicio de ciertas garantías constitucionales como la igualdad y el debido proceso⁶¹².

La Corte se ha declarado competente para abocar el conocimiento de la omisión legislativa relativa, por cuanto surte efectos jurídicos que pueden presentar una oposición objetiva y real con la Constitución, la cual es susceptible de verificarse a través de una confrontación de los mandatos acusados y las disposiciones superiores⁶¹³.

Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa se han sistematizado así: (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador⁶¹⁴.

78. En el caso del párrafo 3° del artículo 324 del C. de P.P., en la versión establecida por la Ley 1312 de 2009, es posible advertir que no se contemplan *las graves violaciones de los derechos humanos* dentro de las categorías de crímenes excluidos de la aplicación del principio de oportunidad.

Al respecto conviene reiterar que los compromisos internacionales del Estado colombiano en relación con la efectiva persecución y sanción de *graves violaciones de derechos humanos*, delitos de lesa humanidad e infracciones graves al derecho internacional humanitario, son el producto del consenso de la comunidad de naciones de combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad de los derechos humanos. La gravedad de estos comportamientos, su dañosidad y su poder desestabilizador de los sistemas democráticos, obliga a las autoridades nacionales de justicia a investigar y sancionar a todos los responsables de estos hechos, obligación a la que no puede renunciar, ni siquiera bajo la sombra del principio de oportunidad.

Sobre el particular esta Corporación señaló que *“una de las limitaciones a la aplicación del principio de oportunidad es la existencia de acuerdos internacionales en virtud de los cuales Colombia se compromete a sancionar delitos que por su gravedad ofenden la conciencia social y resulta especialmente sensibles en el panorama internacional”*.⁶¹⁵

Esa limitación para la suspensión, interrupción o extinción de la acción penal, se extiende a las graves violaciones de los derechos humanos. Así lo entendió la Corte Constitucional al revisar la

⁶¹² Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-240 de 2009, C- 864 de 2008, C-823 de 2005, C-800 de 2005, C-865 de 2004, C-374 de 2004, C-1017 de 2003, C-285 de 2002, C- 1177 de 2001, entre otras.

⁶¹³ Corte Constitucional, sentencia C-240 de 2009.

⁶¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C- 864 de 2008.

⁶¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-738 de 2008.

constitucionalidad del contenido del párrafo 3° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, ante de la expedición de la Ley 1312/09:

“[A]l parecer de la Corte la efectiva persecución y sanción del extenso catálogo de conductas que quedan cobijadas por los artículos 6°, 7° y 8° del Estatuto de Roma protege efectivamente la dignidad humana, y los derechos a la vida y la libertad amparados por la Carta Política. Por eso, el impedir que respecto de ellos se extinga la acción penal mediante la consagración de la prohibición de aplicar en tales casos el principio de oportunidad penal es una garantía adicional de la eficacia de estos derechos. No obstante, al actor le asiste razón cuando afirma que ciertos delitos, como por ejemplo un homicidio intencional o una violación que se produjeran por fuera de situación de conflicto interno o internacional y por fuera de ataques sistemáticos contra la población civil, o el tipo de genocidio político podrían eventualmente llegar a ser objeto de la aplicación del principio de oportunidad. Y lo mismo podría decirse de otros delitos aislados de situaciones de conflicto interno o internacional, o de los mencionados ataques sistemáticos, como el secuestro, las lesiones personales, el abandono de menores, el infanticidio o el incesto, por citar algunos ejemplos. Así pues, si la remisión al Estatuto de Roma contenida en el párrafo 3° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 implica que el principio de oportunidad podría llegar a aplicarse respecto de algunas graves violaciones a los derechos humanos que no caen dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional, la Corte ha concluido que en algunos casos ello sí es posible. En tal virtud, para excluir esta posibilidad, declarará la inexequibilidad de la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma”, contenida en este párrafo 3°, pues ella restringe inconstitucionalmente la protección de los derechos humanos que constituyen los bienes jurídicos amparados por ciertos delitos descritos en algunos tipos penales del Código Penal, y en otros tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte”⁶¹⁶.

79. Encuentra la Corte que en la configuración actual del párrafo 3° del artículo 324 del C.P.P., se incurre así mismo en un déficit de protección de los derechos humanos y de la dignidad humana, comoquiera que se omite relacionar dentro del catálogo de crímenes excluidos de la aplicación del principio de oportunidad *las graves violaciones de derechos humanos*. La referencia explícita a los *crímenes de lesa humanidad* resulta insuficiente, toda vez que, como ya lo ha advertido la Corte, pueden presentarse actos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos que no obstante su intrínseca gravedad, no se enmarcan dentro de patrones o contextos de sistematicidad o generalidad, y por ende técnicamente no clasificarían dentro de aquella categoría, pero respecto de los cuales subsiste el imperativo internacional de investigar, juzgar y sancionar.

En esa medida constata la Corte que el párrafo 3° examinado excluye de sus consecuencias jurídicas, una categoría de violaciones que por su gravedad y relevancia en el plano internacional, es asimilable a los casos previstos en la norma. Su inclusión se hace necesaria para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta, toda vez que no existe ninguna justificación para no incluir las graves violaciones de los derechos humanos dentro de las prohibiciones para la aplicación del principio de oportunidad. Se trata de hechos que comparten el similar nivel de gravedad, de reproche internacional y que convocan, en ese plano las mismas exigencias en materia de lucha contra la impunidad. Mediante tal omisión el legislador se sustrajo al cumplimiento de claros imperativos constitucionales derivados de los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del cuerpo de la constitución, que le señalan el deber de tomar medidas legislativas para evitar la impunidad en el ámbito de las graves violaciones a estos mandatos.

⁶¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-095 de 2007.

80. Establecida la omisión legislativa relativa en que incurrió el legislador en la configuración del párrafo 3° del artículo 24 del artículo 324 del C. de P.P., tal como fue modificado por la Ley 1312 de 2009, la Corte declarará su exequibilidad, en el entendido de que también comprende las graves violaciones de derechos humanos.

81. En conclusión, la Corte encontró que la causal contenida en la causal 17 adicionada al artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, para la aplicación del principio de oportunidad, es contraria a los artículos 1° y 93 de la Constitución, así como a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, comoquiera se renuncia al deber de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de hechos que pueden involucrar graves violaciones de derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario. El deber de investigación estatal, es sustituido por una declaración jurada del postulado al beneficio, quien manifestará no haber incurrido en la mencionada criminalidad, sin que la aplicación del principio de oportunidad esté precedida de una investigación seria que corrobore tal afirmación. La propia norma sugiere la posibilidad de que el postulado al beneficio continúe delinquiendo, lo cual desvirtúa su condición de desmovilizado.

La ausencia de investigación seria, priva a las víctimas de los delitos que se atribuyen a la organización criminal, de contar con un recurso judicial efectivo, a través del cual puedan hacer valer sus derechos a la justicia, a la verdad, a la reparación y a la no repetición. Con ello se desconoce el orden *justo* que promueve la Constitución y que se constituye en límite constitucional a la aplicación del mecanismo procesal.

La forma como está concebida la causal vulnera así mismo otros límites constitucionales como es el legalidad, toda vez que se introducen expresiones ambiguas y equívocas que amplían desmesuradamente el ámbito de discrecionalidad del fiscal para la aplicación del principio de oportunidad, y obstaculizan un efectivo control por parte del juez de control de garantías sobre el uso de la institución. Se desconocen así mismo los fines de política criminal que orientaron la reforma constitucional del año 2002, para la introducción del principio acusatorio dentro del marco del sistema penal de tendencia acusatoria, toda vez que se pretende su aplicación con fines utilitarios distintos al de *racionalizar el ejercicio del poder punitivo* mediante la renuncia a la acción penal en eventos delictivos de reducido impacto social.

Finalmente, el párrafo tercero del artículo 324 plasma una omisión legislativa relativa, que debe ser corregida, en la medida que no incluye las graves violaciones a los derechos humanos, como una de las hipótesis delictivas en que se encuentra excluido el principio de oportunidad. La alusión a *los crímenes de lesa humanidad*, resulta insuficiente comoquiera que esta categoría solo incluye algunas graves violaciones desarrolladas dentro de un contexto de sistematicidad o generalidad, dejando por fuera muchos eventos de similar gravedad, pero que no se inscriben en un marco de esta naturaleza. Esta deficiente protección de los derechos humanos y de la dignidad humana, debe ser corregida mediante una decisión modulada.

En consecuencia, la Corte declarará la inexecutable del numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, y la exequibilidad condicionada el párrafo 3° de la misma disposición, en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar INEXEQUIBLE el numeral 17 del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009.

Segundo: Declarar EXEQUIBLE el párrafo 3° del artículo 2° de la Ley 1312 de 2009, en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, y archívese el expediente.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

Con salvamento de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO

PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA C-936/10

OMISION LEGISLATIVA RELATIVA-Rasgos que la caracterizan (Salvamento parcial de voto)

Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa implican (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador

DESMOVILIZACION DE LOS GRUPOS ARMADOS IRREGULARES EN COLOMBIA-Evolución normativa (Salvamento parcial de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Salvamento parcial de voto)

LEGISLADOR-Discrecionalidad y límites con que cuenta para diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad (Salvamento parcial de voto)

PERTENENCIA A LA ORGANIZACION CRIMINAL-Significado de la expresión (Salvamento parcial de voto)

CRIMEN DE LESA HUMANIDAD-Derecho comparado/CRIMEN DE LESA HUMANIDAD-Evolución en el derecho penal internacional/ASOCIACION PARA COMETER EL CRIMEN DE GENOCIDIO-Casos en que se ha tipificado/CONSPIRACION PARA COMETER GENOCIDIO-Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda/CONSPIRACION PARA COMETER GENOCIDIO-Análisis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Salvamento parcial de voto)

DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Concepto (Salvamento parcial de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-Resultaba adecuada su exequibilidad bajo ciertas condiciones (Salvamento parcial de voto)

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Ponderación entre la consecución de la paz, el valor de la justicia y los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales/**MEDIDAS LEGISLATIVAS ENCAMINADAS A ALCANZAR LA PAZ**-No pueden desconocer los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano/**CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**-Se trata de un delito autónomo/**CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO**-Aplicación es independiente de otros tipos penales que han sido imputados a quienes hasta la fecha han sido juzgados por la Corte Suprema de Justicia (Salvamento parcial de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD-Elementos señalados por la jurisprudencia constitucional para su regulación (Salvamento parcial de voto)

CRIMENES DE LESA HUMANIDAD-Precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia no son vinculantes en la interpretación del ordenamiento jurídico que realiza la Corte al examinar la constitucionalidad/**DOCTRINA VIVIENTE**-Alcance (Salvamento parcial de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS DE LOS GRUPOS ARMADOS ILEGALES-Desarrollo de un proceso transicional empezado por la ley 975 de 2005 y ley 1312 de 2009 (Salvamento parcial de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A LOS DESMOVILIZADOS-Decisión judicial no impide que la Fiscalía General de la Nación investigue y los jueces competentes sancionen otros comportamientos imputables/**DECLARACION JURAMENTADA DEL DESMOVILIZADO**-No impedía al Estado la verificación de la afirmación (Salvamento parcial de voto)

Si bien el principio de oportunidad podía ser aplicado a los desmovilizados que se reincorporen a la sociedad, también lo es que tal decisión judicial, de manera alguna impide que la Fiscalía General de la Nación investigue, y los jueces competentes sancionen, otros comportamientos imputables a los desmovilizados, tales como crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidios. En efecto, la declaración juramentada del desmovilizado, en el sentido de no haber perpetrado tales atrocidades, de manera alguna le impedía al Estado verificar la realidad de tal afirmación.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD E INDULTO A DESMOVILIZADOS Y MIEMBROS RASOS DE GRUPOS ARMADOS ILEGALES-No beneficio supone que existe un trato favorable para los cabecillas de dichos grupos (Salvamento parcial de voto)

Referencia: expediente D-8131

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 17 y el párrafo 3º del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009,

“Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”.

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva

Con el acostumbrado respeto, paso a exponer las razones por las cuales si bien comparto la decisión de declarar exequible el parágrafo 3º del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos, no estuve de acuerdo con declarar inexecutable el numeral 17 del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009.

Pues bien, antes de entrar a exponer las razones de mi disenso, es pertinente aclarar que el proyecto inicial de fallo me había sido asignado por reparto de la Sala Plena y que el presente salvamento parcial de voto consigna la esencia de los principales argumentos planteados en aquél.

De igual manera, es preciso señalar que, desde el comienzo, planté la adopción de un fallo de constitucionalidad condicionado, que permitiera armonizar el contenido de las disposiciones acusadas, con los mandatos constitucionales e internacionales de respeto y garantía de los derechos de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

Realizadas las anteriores precisiones, en el presente salvamento parcial de voto, por razones metodológicas, se abordarán los siguientes grandes temas:

I. LOS ARGUMENTOS QUE PLANTEARON LOS DEMANDANTES.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Rafael Barrios Mendivil, Dora Lucy Arias Giraldo y Linda María Cabrera Cifuentes, interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra el primer inciso del numeral 17 y el parágrafo 3º del mismo del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, *“Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”*, por considerar que vulneran los artículos 150.17 y 250 Superiores, al igual que el segmento normativo acusado desconoce los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

En cuanto a la causal de aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados, prevista en el inciso 1 del numeral 17 del artículo 324 del CPP, modificado por la Ley 1312 de 2009, los demandantes, luego de hacer un recuento del proceso de paz adelantado entre el Gobierno Nacional y aquéllos, plantearon los siguientes argumentos.

La disposición acusada, según los demandantes, violaba el artículo 250 Superior, por cuanto consagra una causal de aplicación del principio de oportunidad ambigua e indeterminada, la cual termina convirtiéndose en una “*amnistía encubierta*”, favorable a la impunidad, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 150.17 Superior, y en contra de los derechos de las víctimas consagrados en los artículos 1, 2, 6, 12, 29, 93 y 229 constitucionales, así como en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En cuanto a la vulneración contra el artículo 250 Superior, los demandantes argumentaban lo siguiente:

“De un lado, el supuesto de actos inequívocos del desmovilizado que permitan evaluar su propósito de reintegrarse a la sociedad, abre un margen muy amplio de valoración por parte de la Fiscalía porque no existen parámetros objetivos para determinar cuándo una manifestación es inequívoca o no y cuándo expresa la intención de reintegrarse a la sociedad, más aún cuando la misma norma dispone que las conductas frente a las cuales se aplica el principio de oportunidad para estos desmovilizados pueden suceder antes o después de la desmovilización, luego, el Fiscal no tiene reglas claras para decidir por ej, si un desmovilizado cuenta con actos inequívocos de reintegración, si aún después de la desmovilización ha incurrido en otros delitos”.

Sobre el mismo particular agregaban que “*la ambigüedad de la causal demandada está dada en un conjunto de falencias que hemos denominado como la existencia de una causal atípica favorable a la impunidad. La causal carece de una identificación clara de los delitos a los cuales se aplica. Nótese que de una parte se refiere a la “pertenencia a la organización criminal”, en otra a “situaciones” y en suma no se tiene claridad sobre a qué tipo de delitos se aplica, al contrario de lo sucedido en las demás causales. Sólo están definidos los delitos accesorios que no aportan claridad suficiente en relación con el delito principal*”.

De igual manera señalan que “*la causal tampoco exige la identificación del victimario ni supone la existencia de un proceso penal en el cual la víctima pueda hacer valer sus derechos y peor aún prevé audiencias colectivas para aplicar el principio de oportunidad sin garantizar la participación de las víctimas*”. Así mismo, a su juicio, no se trataba de delitos de bajo impacto social o cometidos por personas plenamente identificadas, ni tampoco tiene que reparar a las víctimas.

En cuanto a los derechos de las víctimas, los ciudadanos alegaban que “*Mientras las demás causales se aplican a delitos o personas identificadas en otros delitos, la causal diecisiete se aplica en abstracto a un conjunto de desmovilizados cuya única obligación es declarar que no ha cometido violaciones de derechos humanos sin que las víctimas tengan acceso a este procedimiento para controvertir su versión y sin que exista investigación ni identificación del beneficiario que permita igualmente controvertir las decisiones que afecten los derechos de las víctimas. Tampoco está prevista medida alguna para reparar a las víctimas*”.

Las anteriores insuficiencias, según los demandantes, tornaban ambigua y oscura la causal de aplicación del principio de oportunidad, violándose de esta forma el artículo 250 Superior, el cual permite configurar causales precisas e inequívocas.

Insistían igualmente que la expresión empleada por el legislador “*pertenencia a la organización criminal*”, era ambigua por cuanto no describía realmente ningún delito. Atribuían tal oscuridad, a la voluntad del Congreso de no emplear directamente la expresión “*concierto para delinquir*”, conducta delictiva que ha sido considerada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como un delito común, y no político, y además como un crimen de lesa humanidad.

Sobre el particular, los demandantes agregaban que “*los desmovilizados paramilitares investigados por concierto para delinquir agravado son responsables de crímenes de lesa humanidad y por lo tanto no pueden ser beneficiarios del principio de oportunidad. Esto es así porque los paramilitares reúnen los tres elementos definidos por la Corte Suprema de Justicia como necesarios para calificar de lesa humanidad el concierto para delinquir: que las conductas de la organización hayan incluido crímenes de lesa humanidad, que los integrantes sean voluntarios y exista conciencia mayoritaria por parte de los integrantes de la organización sobre los crímenes cometidos*”.

Así las cosas, según los demandantes, la figura establecida por el legislador configuraba realmente una amnistía encubierta, contraria a los derechos de las víctimas.

Recordaban asimismo que, si bien la Corte Constitucional consideró que la ley de justicia y paz no equivalía a una amnistía, por cuanto finalmente se aplicaba una pena, en cambio con la ley 1312 de 2009, “*El Estado renuncia a la persecución penal y la adjudicación de justicia*”. Además, “*obsérvese que el parágrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009 prevé la prohibición expresa de aplicar el principio de oportunidad a crímenes de lesa humanidad, razón de más para ratificar la ambigüedad e indeterminación de la norma demandada.*”.

Explicaban igualmente los ciudadanos que, revisado el trámite que conoció el proyecto de ley en el Congreso de la República, se concluye que no se siguió aquél propio de las leyes de amnistía, motivo por el cual la causal de aplicación del principio de oportunidad es realmente una amnistía encubierta.

Argumentaban asimismo que, en virtud de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados tienen el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos, así como garantizarle a las víctimas el acceso a un recurso judicial efectivo, en concordancia con los artículos 1 y 2 del mismo instrumento internacionales. Las anteriores disposiciones resultarían vulneradas por la norma legal acusada.

En cuanto a la vulneración de los derechos de las víctimas, los demandantes explicaban lo siguiente:

“La aplicación del principio de oportunidad al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley, en los términos de la ley 1312 de 2009, sin que exista una declaración sobre los hechos en los que participó, que permita a las víctimas identificar a los victimarios y controvertir su versión, desconoce el derecho a la participación de las víctimas, el acceso a la justicia, a conocer la verdad de los hechos y obtener una reparación integral; asimismo, la ausencia de una declaración de los desmovilizados vulnera el derecho a la verdad histórica de la sociedad pues se trata de confesos desmovilizados provenientes de un escenario de conflicto armado en el cual han sucedido

innumerables hechos de violencia respecto de los cuales la sociedad colombiana tiene derecho a conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar”.

A manera de conclusión sobre este primer cargo afirmaban lo siguiente:

“En conclusión de lo anteriormente dicho puede afirmarse que (i) la causal acusada es equivocada y ambigua en contradicción con lo dispuesto por el artículo 250 de la Constitución Política que establece el modelo de principio de oportunidad reglada; (ii) esa ambigüedad está dada en la indefinición de aspectos estructurales que cualquier causal de principio de oportunidad debe tener, como la definición de los delitos a los cuales se aplica y la existencia de parámetros normativos objetivos que eliminen la discrecionalidad del fiscal a la hora de aplicar el principio de oportunidad, así como la posibilidad de participación de las víctimas en un proceso penal determinado; (iii) la redacción equívoca e imprecisa de la causal diecisiete genera la existencia de una amnistía encubierta en contravía de lo dispuesto por el artículo 150 No. 17 de la Constitución Política que exige quórum calificado para la aprobación, requiere aplicarse a delitos exclusivamente políticos pero como el concierto para delinquir no es un delito político sino un crimen de lesa humanidad, no son procedentes figuras de amnistía, indulto o cualquier otra eximente de responsabilidad; finalmente, (iv) la existencia de las referidas ambigüedades y la consagración de una amnistía encubierta son elementos contrarios a la obligación estatal de carácter internacional para evitar la impunidad y por eso también se presenta una violación de los derechos de las víctimas porque el Estado renuncia a la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos, generando con esto un escenario injustificado de impunidad que debe ser revertido por la Corte Constitucional en cumplimiento de su función de guardiana de la supremacía e integridad constitucional”.

Por otra parte, en relación con el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, los ciudadanos planteaban un cargo por *“omisión legislativa relativa”*, por cuanto, a su juicio, se presenta una *“exclusión injustificada del concepto de “graves violaciones de derechos humanos” de la norma, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad a estas conductas”*.

En tal sentido, estimaban los ciudadanos que el segmento normativo acusado desconoce los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Al respecto, aseguraban que la restricción a la aplicación del principio de oportunidad a las *“graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio”*, excluye de manera injustificada las graves violaciones a los derechos humanos no comprendidas dentro de tales categorías, *“de manera que la norma acusada permite aplicar el principio de oportunidad a graves violaciones de derechos humanos previstas en el derecho internacional de los derechos humanos”*.

En tal sentido, explicaban que el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, que no incluye dentro de la prohibición para aplicar el principio de oportunidad, a las graves violaciones de derechos humanos, permitiendo con eso la impunidad en estas conductas, reguladas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Sostenían igualmente que algunas violaciones de derechos humanos podían coincidir con conductas propias de los crímenes de *lesa humanidad*, pero que otras que correspondían al concepto más amplio de “*violaciones graves de derechos humanos*”. Así por ejemplo, explicaban que el asesinato se encuentra proscrito por el Estatuto de Roma de la CPI, pero también está prohibido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la discriminación racial se encuentra prohibida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, e igualmente, en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI. Otro tanto sucede con la violencia sexual contra la mujer.

Finalmente, solicitaron que el fallo de inexecutable tuviera efectos retroactivos.

Por su parte, las opiniones de los intervinientes se encontraban divididas. Así, algunos coadyuvaron por completo la demanda, por estimar que efectivamente la aplicación de la causal de principio de oportunidad desconocía los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, estipulados en diversos tratados internacionales. Otros, por el contrario, solicitaron a la Corte declarar exequibles los segmentos normativos acusados. Así mismo, ciertos intervinientes plantearon dudas acerca de si se configuraron todos los cargos de inconstitucionalidad señalados como tales por los demandantes, mientras que otros abogaban por condicionar la exequibilidad de algunas expresiones.

Por último, el Ministerio Público solicitó declarar exequible el párrafo tercero del numeral 17 del artículo 324 del CPP, modificado por la Ley 1312 de 2009, en el entendido de que “*para preservar los derechos de las posibles víctimas, en la reglamentación que para la aplicación del principio de oportunidad expida el Fiscal General de la Nación, se debe contemplar la publicación en un periódico y una emisora de cobertura nacional, y en la página web de la Fiscalía General de la Nación, de la información sobre la identidad plena, valga decir, visual, nominal y de alias, de cada uno de los desmovilizados que serán sometidos al procedimiento de aplicación del principio de oportunidad y de las fechas programadas para ese procedimiento*”.

Los anteriores fueron, brevemente, los principales argumentos planteados por los demandantes, los numerosos intervinientes y el Ministerio Público.

II. ANÁLISIS SOBRE LA EXISTENCIA DE CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD REALIZADA POR EL DESPACHO.

El examen acerca de la conformidad de las leyes con la Constitución, inició por determinar si los demandantes habían planteado, al menos, un cargo de inconstitucionalidad.

En el presente caso, la situación, a juicio del Despacho, resultaba ser compleja por cuanto, en relación con el inciso 1 del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009, algunos intervinientes planteaban que los demandantes no lograron estructurar verdaderos cargos de inconstitucionalidad en relación con todas las disposiciones alegadas como vulneradas. A su vez, en lo atinente al párrafo tercero de la misma disposición, los ciudadanos

sostenían la existencia de un cargo de inconstitucionalidad por omisión relativa, siendo necesario determinar si efectivamente ello es así.

Aunado a lo anterior, en su intervención, la Defensoría del Pueblo sostenía que el demandante no había estructurado un verdadero cargo de inconstitucionalidad por cuanto *“De acuerdo con los demandantes, el numeral 17 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 acusado, establece una “amnistía encubierta” que contraría lo previsto en el artículo 150, numeral 17 de la Carta Política. Aseguran que con ella, el legislador intenta catalogar el concierto para delinquir como delito político y desfigurar el concierto para delinquir con fines de paramilitarismo como crimen de lesa humanidad, contrariando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se basa en los instrumentos internacionales de derechos humanos que obligan a Colombia a evitar la impunidad. En esa medida, advierten inconsistencias para la aprobación de la disposición demandada, toda vez que el trámite de la ley que contiene el numeral 17 acusado fue el ordinario, debiendo corresponder a un trámite legislativo especial por tratarse de leyes de amnistía.”*

Al respecto, la Defensoría del Pueblo consideraba que *“las razones esgrimidas para sustentar que la causal demandada de aplicación del principio de oportunidad configura una “amnistía encubierta”, responden a una interpretación – quizá política- de los accionantes, mas no a un verdadero cargo de inconstitucionalidad por violación del artículo 17 del artículo 150 de la Carta.”*

Ahora bien, como puede advertirse, la Defensoría del Pueblo no planteaba un fallo inhibitorio por inepta demanda en relación con todos los argumentos planteados por los ciudadanos contra el inciso primero del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009; por el contrario, sus apreciaciones se limitaban a la ausencia de un cargo de inconstitucionalidad en relación con la supuesta vulneración del numeral 17 del artículo 150 Superior, referente a la concesión de amnistías por parte del Congreso de la República.

Al respecto, el Despacho consideró que le asistía razón a la Defensoría del Pueblo por las siguientes razones.

El artículo 150.17 Superior, dispone lo siguiente:

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

Ahora bien, el primer inciso del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. prevé una causal de aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados de un grupo armado al margen de la ley que haya manifestado, con actos inequívocos, su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre y cuando no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios de la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, con excepción de la pertenencia a la organización criminal, *“que*

para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones”.

Como se puede observar, la disposición acusada no regula la adopción de una ley de amnistía o de un indulto, sino una causal de aplicación del principio de oportunidad, figura procesal distinta, regulada por el artículo 250 Superior.

Ahora bien, consideraba el Despacho que si los demandantes quisieron decir que la mencionada causal debió haberse tramitado en el Congreso de la República como una ley de amnistía y no se hizo así, se estaría hablando es de un vicio de procedimiento, y en ese sentido, debieron haber estructurado un cargo de inconstitucionalidad que soportara tal vulneración a la Constitución, lo cual no hicieron. Por el contrario, su argumentación apuntaba más bien a señalar que, en la práctica, la causal del principio de oportunidad terminaba siendo una especie de *“amnistía encubierta”*, afirmación que se enfocaba más hacia los efectos prácticos que generaría su aplicación en casos concretos, que a la configuración de un cargo de inconstitucionalidad, soportado en la demostración de una contradicción abierta y directa entre la disposición legal acusada y una determinada norma constitucional.

Por las anteriores razones, el Despacho consideró que los demandantes no estructuraron un verdadero cargo de inconstitucionalidad en relación con la supuesta vulneración del artículo 150.17 Superior.

Por el contrario, el Despacho estimó que los ciudadanos configuraron los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

- a. La manera como el legislador reguló la causal de aplicación del principio de oportunidad (inciso primero, numeral 17 del artículo 324 del C.P.P.), dada su ambigüedad y oscuridad, vulnera el artículo 250 Superior.
- b. La causal de aplicación del principio de oportunidad acusada desconoce los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, derivados de una interpretación sistemática de los artículos 1, 2, 12, 93 y 229 Superiores, en consonancia con los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, en relación con el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, los ciudadanos planteaban un cargo por *“omisión legislativa relativa”*, por cuanto, a su juicio, se presentaba una *“exclusión injustificada del concepto de “graves violaciones de derechos humanos” de la norma, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad a estas conductas”*.

Al respecto, aseguraban que la restricción a la aplicación del principio de oportunidad a las *“graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio”*, excluía de manera injustificada las graves violaciones a los derechos humanos no comprendidas dentro de tales categorías, *“de manera que la norma acusada permite aplicar el principio de oportunidad a graves violaciones de derechos humanos previstas en el derecho internacional de los derechos humanos”*.

En tal sentido, explicaban que el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, que no incluía dentro de la prohibición para aplicar el principio de oportunidad, a las graves violaciones de derechos humanos, permitiendo con eso la impunidad en estas conductas, reguladas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Aseguraban igualmente que algunas violaciones de derechos humanos coincidían con conductas propias de los crímenes de *lesa humanidad*, pero que otras correspondían al concepto más amplio de “*violaciones graves de derechos humanos*”. Así por ejemplo, el asesinato se encuentra proscrito por el Estatuto de Roma de la CPI, pero también está prohibido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la discriminación racial se encuentra prohibida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, e igualmente, en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI. Otro tanto sucede con la violencia sexual contra la mujer.

A renglón seguido, los demandantes explicaron las razones por las cuales, a su juicio, se cumplían todas y cada unas condiciones fijadas por la Corte Constitucional, a efectos de estructurar un cargo por inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa.

Sobre el particular, el Despacho comenzaba por recordar los requisitos requeridos para configurar un cargo de inconstitucionalidad por omisión relativa, sistematizados en sentencia C- 864 de 2008, en los siguientes términos:

“Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa implican (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

Pues bien, en el caso concreto, según el Despacho, los demandantes hicieron un esfuerzo argumentativo por explicar las razones por las cuales, a su juicio, la no inclusión de la expresión “*graves violaciones de derechos humanos*”, en el texto de la causal de procedencia del principio de oportunidad prevista en el párrafo tercero del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., terminaba por desconocer diversas disposiciones internacionales contenidas en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Fundaban además su pretensión en un precedente sentado por la Corte en sentencia C- 095 de 2007, referente igualmente a la aplicación del principio de oportunidad en casos de crímenes internacionales.

En este orden de ideas, el Despacho consideraba que los demandantes sí estructuraron un cargo de inconstitucionalidad por omisión relativa, consistente en que el legislador, al momento de señalar las exclusiones de aplicación de la causal de principio de oportunidad prevista en el

numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., no incluyó, sin justificación razonable, a las “*graves violaciones a los derechos humanos*”.

III. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS DISPOSICIONES LEGALES ACUSADAS.

Debido a que en el caso concreto existían profundas diferencias entre los demandantes, los intervinientes y la Vista Fiscal en cuanto al sentido y el alcance de las expresiones legales demandadas, el Despacho comenzó por transcribir los segmentos normativos acusados, para luego entrar a explicar los puntos de discusión, y finalmente, precisar el contenido de aquéllos.

Así pues, las disposiciones acusadas son las siguientes:

LEY 1312 DE 2009

Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad.

ARTÍCULO 2o. El artículo 324 de la Ley 906 de 2004, quedará así:

Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

(...)

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

PARÁGRAFO 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del

presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

PARÁGRAFO 3o. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

PARÁGRAFO 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

Pues bien, los demandantes consideraban que, de la lectura de la trascrita causal de aplicación del principio de oportunidad, no quedaba claridad acerca de (i) los delitos cometidos; (ii) el sentido de la expresión “*actos inequívocos*” y (iii) quiénes eran los victimarios. No obstante las denunciadas ambigüedades, al mismo tiempo alegaban que la norma acusada aludía realmente al delito de concierto para delinquir agravado el cual, al ser un crimen de *lesa humanidad*, no podía su autor ser beneficiario de la aplicación del principio de oportunidad.

Aunado a lo anterior alegaban que, un examen de la disposición acusada evidenciaba que (i) no se adelanta un proceso penal durante el cual la víctima haga valer sus derechos; (ii) el fiscal podía celebrar audiencias colectivas para aplicar el principio de oportunidad; (iii) las víctimas no eran escuchadas ni contaban con un escenario procesal para conocer la verdad acerca de lo ocurrido; (iv) consecuentemente, tampoco terminaban siendo reparadas.

La anterior interpretación del contenido del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. conducía en la práctica, según los demandantes, a que quedasen en la impunidad los delitos de genocidio, de *lesa humanidad* y de guerra, perpetrados por cerca de 19.000 desmovilizados de los grupos paramilitares.

A su vez, la Comisión Colombiana de Juristas compartía la lectura que los demandantes realizaban de la norma acusada, insistiendo en que la misma conducía a que los desmovilizados no tuviesen el deber de contar toda la verdad, sino tan sólo realizar una declaración, bajo la gravedad del juramento, en el sentido de no haber cometido delito distinto al establecido en la causal del principio de oportunidad.

Ahora bien, el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), actuando como *amicus curiae*, compartía la interpretación que los demandantes hacían de la norma acusada; precisando además el siguiente estado de cosas:

Variedad de Desmovilizados	Cantidad	Porcentaje
Postulados de justicia y paz	3.538	11%
Beneficiarios de la Ley 782 de 2002	10.749	34%
Posibles beneficiarios del principio de oportunidad	17.517	55%
TOTAL	31.804	

En ese orden de ideas, según el ICTJ, la aplicación de la norma acusada, según la interpretación que del sentido de la misma realizaba, conducía a que los delitos cometidos por el 89% de los desmovilizados quedaran en la impunidad.

Aunado a lo anterior, alegaban que la redacción de la norma era contradictoria en sí misma, por cuanto, por un lado, aludía a los “*delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal*”, pero, al mismo tiempo (i) condicionaba la aplicación del principio de oportunidad a que el desmovilizados, mediante actos inequívocos, demostrara su propósito de reintegrarse a la sociedad, y (ii) no se entendía que se aplicara la causal del principio de oportunidad para delitos cometidos *después* de la desmovilización,

Por su parte, el interviniente por la Universidad de los Andes sostenía que la expresión “*organización criminal*” podía ser entendida de dos posibles maneras: (i) como que sus integrantes cometieron el delito de concierto para delinquir; o (ii) que los mismos sólo hicieron parte de un grupo al margen de la ley cuyos miembros participaron única y exclusivamente en la presunta comisión de los delitos de utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas, sin que cursen contra ellos en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización. Se aclaraba que sólo esta segunda interpretación de la norma, según el interviniente, se ajustaba a la Constitución.

La Defensoría del Pueblo, por su parte, afirmaba que la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, no aludía a la comisión de ningún comportamiento que se encontrara tipificado en el actual Código Penal.

A su vez, la Fiscalía General de la Nación consideraba que la expresión acusada no podía ser entendida de manera aislada, sino dentro del contexto y bajo las condiciones de aplicación general del principio de oportunidad. De tal suerte que, de conformidad con los artículos 136 y 328 del C.P.P., la víctima sí contaba con el derecho a ser escuchada en el curso de la audiencia durante la cual se solicite la aplicación del principio de oportunidad. Así mismo, la Fiscalía, consultando los intereses de las víctimas, puede solicitar la suspensión del proceso a prueba, en aras de garantizar una reparación integral de los afectados.

Por su parte, la Alta Consejería para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas, sostenía que las normas acusadas debían ser interpretadas sistemáticamente con otras normatividades, tales como el decreto 128 de 2003, el decreto 3360 de 2003 y el decreto 3043 de 2006. De igual manera, sostenía que la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, aludía al delito de concierto para delinquir, en tanto que delito autónomo, más no como delito de *lesa humanidad*. En efecto, insistía en señalar que, de conformidad con los tratados internacionales, la asociación para delinquir no era un crimen de lesa humanidad sino una forma de participación en la comisión de ilícitos.

Señálese igualmente que, la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación comprendía la norma acusada en el sentido de que describía una particular situación: la de aquellas personas desmovilizadas a las que sólo les era imputable el punible de concierto para delinquir (Artículo 340 C.P.), y por lo tanto, no cursaban en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, siendo expreso por parte del legislador, que el beneficio podía revocarse en aquellos casos en los que el desmovilizado hubiere cometido otro tipo de delitos.

Finalmente, la Procuraduría interpretaba la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, como sinónimo del delito de concierto para delinquir simple, tipificado en el artículo 340.1 del Código Penal. En otras palabras, según la Vista Fiscal, se trataba de la mera militancia en la organización criminal, lo cual implicaba el uso de uniformes e insignias, así como el porte ilegal de armas. Así mismo, insistía en señalar que el concierto para delinquir, en sí mismo, no es un delito de lesa humanidad.

Ante las evidentes posturas interpretativas enfrentadas, el Despacho consideraba necesario fijar ciertos criterios, a efectos de comprender realmente el sentido de la disposición acusada.

En efecto, el Despacho consideraba que aunque no es del resorte del juez constitucional interpretar el texto de la ley, competencia que es del juez ordinario, también lo es que, en casos como el presente, la fijación de criterios interpretativos se imponía, tanto más y en cuanto existían profundas divergencias entorno a la manera como debían entenderse, y por ende aplicarse, los segmentos normativos acusados.

Para tales efectos, el Despacho tomaba en consideración (i) la compleja evolución que ha conocido, en los últimos años, la normatividad referente a las desmovilizaciones de los grupos armados ilegales en Colombia; (ii) las razones y los debates que motivaron la expedición de la Ley 1312 de 2009; y (iii) la necesidad de interpretar sistemáticamente las normas acusadas, dentro de un contexto de justicia transicional y de conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

IV. ANÁLISIS QUE ADELANTÓ EL DESPACHO ACERCA DE LA COMPLEJA EVOLUCIÓN QUE HA CONOCIDO, EN LOS ÚLTIMOS AÑOS, EL TEMA DE LA DESMOVILIZACIÓN DE LOS GRUPOS ARMADOS IRREGULARES EN COLOMBIA.

La comprensión de la Ley 1312 de 2009 pasaba por analizar, brevemente, la evolución que ha conocido, en los últimos años, la normatividad referente a las desmovilizaciones de los grupos armados ilegales en Colombia.

Así, el Estado colombiano, con el propósito de alcanzar la paz, ha diseñado diversos mecanismos de desmovilización de integrantes de grupos armados irregulares.

En tal sentido, la Ley 104 de 1993, *“por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*, estableció diversos instrumentos para la búsqueda de la convivencia ciudadana, en especial, la concesión de beneficios jurídicos para aquellas personas que voluntariamente abandonaran los grupos armados ilegales.

Con fundamento en la mencionada ley, el Presidente de la República, mediante decreto reglamentario 1385 de 1994, creó el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, encargado de realizar la evaluación del cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a los beneficios legales, diseñar los programas de reinserción socioeconómica *“y otorgar o negar los beneficios económicos y sociales a quienes lo soliciten”*.

En cuanto a las competencias del CODA, el decreto 1385 de 1994 es claro en señalar que, en casos de desmovilizaciones individuales, este órgano deberá valorar las circunstancias del abandono voluntario y la permanencia del solicitante al grupo armado y, dado el caso, *“expedirá una certificación que contenga el nombre de la persona que a su juicio pueda solicitar los beneficios señalados”*.

Posteriormente, la Ley 418 de 1997, *“Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”*, reguló la concesión de unos indultos. El artículo 131 de la Ley 418 de 1997 disponía que esta tendría una vigencia de dos (2) años, a partir de la fecha de su promulgación, motivo por el cual fue prorrogada sucesivamente por las leyes 548 de 1999, 782 de 2002 y 1106 de 2006, textos normativos que le introdujeron además algunas modificaciones. En tal sentido, la Ley 782 de 2002 contempla el indulto, como beneficio posible para los condenados con sentencia ejecutoriada; y para los procesados, según el estadio procesal pertinente, la resolución inhibitoria, la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento⁶¹⁷. Tales beneficios están previstos para conductas

⁶¹⁷El artículo 19 de la Ley 782 de 2002 dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 19. El artículo 50 de la Ley 418 de 1997, prorrogada por la Ley 548 de 1999, quedará así:

Artículo 50. El Gobierno Nacional podrá conceder, en cada caso particular, el beneficio de indulto a los nacionales que hubieren sido condenados mediante sentencia ejecutoriada, por hechos constitutivos de delito político cuando a su juicio, el grupo armado organizado al margen de la ley con el que se adelante un proceso de paz, del cual forme parte el solicitante, haya demostrado su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

También se podrá conceder dicho beneficio a los nacionales que, individualmente y por decisión voluntaria, abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley y así lo soliciten, y hayan además demostrado, a criterio del Gobierno Nacional, su voluntad de reincorporarse a la vida civil.

No se aplicará lo dispuesto en este título a quienes realicen conductas constitutivas de actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.

PARÁGRAFO 1o. El indulto no será concedido por hechos respecto de los cuales este beneficio se hubiere negado con anterioridad, salvo que el interesado aporte nuevos medios de prueba que modifiquen las circunstancias que fueron fundamento de la decisión.

PARÁGRAFO 2o. Cuando se trate de menores de edad vinculados a los grupos armados organizados al margen de la ley, las autoridades judiciales enviarán la documentación al Comité Operativo para la Dejación de las Armas, el cual decidirá sobre la expedición de la certificación a que hace referencia el Decreto 1385 de 1994, en los términos que consagra esta ley.

constitutivas de delito político, salvo actos atroces de ferocidad o barbarie, terrorismo, secuestro, genocidio, homicidio cometido fuera de combate o colocando a la víctima en estado de indefensión.

Ahora bien, la Ley 782 de 2002 fue reglamentada por el decreto 128 de 2003, "*Por el cual se reglamenta la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y la Ley 782 de 2002 en materia de reincorporación a la sociedad civil*", normatividad mediante la cual se diseña una política de reintegración a la vida civil de integrantes de grupos armados ilegales. Al respecto, resulta pertinente traer a colación las siguientes definiciones y beneficios, presentes en el citado decreto reglamentario:

"Artículo 2°. *Definiciones.* Para efectos de la aplicación del presente decreto se adoptan las siguientes definiciones:

Desmovilizado. Aquel que por decisión individual abandone voluntariamente sus actividades como miembro de organizaciones armadas al margen de la ley, esto es, grupos guerrilleros y grupos de autodefensa, y se entregue a las autoridades de la República.

Reincorporado. El desmovilizado certificado por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, que se encuentre en el proceso de reincorporación a la vida civil.

Grupo familiar. Para aquellos beneficios, diferentes a salud, que involucren la familia, se entiende como grupo familiar del desmovilizado (a), el (la) cónyuge o el (la) compañero (a) permanente, los hijos y, a falta de cualquiera de los anteriores, los padres.

Cuando se trate de compañeros permanentes su unión debe ser superior a los dos años en los términos de la Ley 54 de 1990.

Beneficios. La ayuda humanitaria y los incentivos económicos, jurídicos y sociales que se otorgan a desmovilizados y reincorporados para su regreso a la vida civil.

CODA. Comité Operativo para la Dejación de las Armas.

Certificación del CODA. Es el documento que expide el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, dando cuenta de la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y de su voluntad de abandonarla. Esta certificación permite el ingreso del desmovilizado al proceso de reincorporación y el otorgamiento a su favor, de los beneficios jurídicos y socioeconómicos de que hablan la ley y este Decreto.

PARÁGRAFO 3o. El Gobierno Nacional, a través de sus diversos organismos, creará los mecanismos necesarios para garantizar la vida e integridad de las personas que reciban los beneficios contemplados en este título.

Para estos efectos, ordenará la suscripción de pólizas de seguros de vida y diseñará planes de reubicación laboral y residencial, que serán aplicados en el interior del país y, cuando fuere necesario, adoptará las medidas establecidas en el título I de la segunda parte de la presente ley.

En forma excepcional, el Gobierno Nacional, a petición del grupo armado organizado al margen de la ley que pretenda su desmovilización, o del reinsertado, colaborará, sin perjuicio de las demás garantías que resulten del proceso de negociación, para facilitar la obtención del derecho de asilo en los países que puedan garantizar su seguridad.

A su vez, el decreto 128 de 2003 prevé la concesión de determinados beneficios, económicos, de protección y seguridad a quienes se desmovilicen, en los siguientes términos:

Artículo 8°. *Beneficios de protección y seguridad.* El Ministerio de Defensa Nacional o el Ministerio del Interior, según corresponda, coordinarán con el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y la Policía Nacional, las medidas necesarias para brindar seguridad tanto al desmovilizado o reincorporado como a su grupo familiar, en los casos en que esto último fuese necesario.

Artículo 9°. *Beneficios por colaboración.* El desmovilizado que voluntariamente desee hacer un aporte eficaz a la justicia entregando información conducente a **evitar atentados terroristas, secuestros** o que suministre información que permita **liberar secuestrados**, encontrar caletas de armamento, **equipos** de comunicación, dinero producto del narcotráfico o de cualquier otra actividad ilícita realizada por organizaciones armadas al margen de la ley, de conformidad con las disposiciones legales vigentes o la captura de cabecillas, recibirá del Ministerio de Defensa Nacional una **bonificación económica** acorde al resultado, conforme al reglamento que expida este Ministerio.(negrillas agregadas).

Artículo 10. *Beneficios por entrega de armas.* El desmovilizado que haga entrega de armamento, munición, explosivos y armas de destrucción masiva recibirá del Ministerio de Defensa Nacional una bonificación económica, conforme al reglamento que expida este Ministerio”.

Aunado a lo anterior, los desmovilizados reciben beneficios jurídicos, en los siguientes términos:

“Artículo 13. *Beneficios jurídicos.* De conformidad con la ley, tendrán derecho al **indulto**, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la cesación de procedimiento, la preclusión de la instrucción o la resolución inhibitoria, según el estado del proceso, los desmovilizados que hubieren formado parte de organizaciones armadas al margen de la ley, respecto de los cuales el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, expida la certificación de que trata el **numeral 4 del artículo 12 del presente Decreto**.(negrillas agregadas).

A su vez, el artículo 12 del decreto 128 de 2003 estipula lo siguiente:

“Artículo 12. *Funciones del Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA.* El Comité Operativo para la Dejación de las Armas, CODA, sesionará permanentemente y cumplirá las siguientes funciones:

1. **Constatar la pertenencia** del solicitante a la organización al margen de la ley, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.
2. Realizar la valoración de las circunstancias del abandono voluntario.
3. Evaluar la voluntad de reincorporarse a la vida civil que tenga el desmovilizado.
4. Certificar la pertenencia del desmovilizado a una organización armada al margen de la ley y su voluntad de abandonarla.
5. Tramitar las solicitudes de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la pena e indulto ante los jueces de ejecución de penas y los Ministerios del Interior y de Justicia y el Derecho, y

6. Expedir su propio reglamento. (negritas y subrayados agregados)

Ese mismo año, mediante decreto núm. 3360 de 2003, reglamentario de la Ley 782 de 2002, se regularon las desmovilizaciones colectivas, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. Cuando se trate de **desmovilización colectiva** en el marco de acuerdos con el Gobierno Nacional, la calidad de miembro del grupo armado organizado al margen de la ley de que se trate, se acreditará mediante una **lista de desmovilizados** suscrita por los voceros o miembros representantes de dicho grupo, en la que se reconozca expresamente tal calidad.

Esta lista debe ser recibida y aceptada por el Alto Comisionado para la Paz.

La lista de que trata el presente artículo habilita al desmovilizado para acceder al proceso de reincorporación y **sustituye**, para todos los efectos, **la certificación expedida por el Comité Operativo para la Dejación de las Armas, Coda** (negritas agregadas).

Como se puede observar, la obtención de los distintos beneficios (jurídicos, económicos, etc), para quienes se acogieran lo dispuesto en la Ley 782 de 2002, y a sus decretos reglamentarios, no se encontraban condicionados a que el desmovilizado relatara todos los hechos que les constaban, ni tampoco a que reparara integralmente a las víctimas. Por el contrario, bastaba con que suministrara información acerca de personas secuestradas, armas, explosivos, equipos de comunicaciones y dinero proveniente del narcotráfico.

Ahora bien, en relación con la concesión de indultos, prevista en el artículo 19 de la Ley 782 de 2002, y reglamentada en el decreto 128 de 2003, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en sentencia C- 928 de 2005, en los siguientes términos:

“En el presente caso el inciso 2º del Art. 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el Art. 19 de la Ley 782 de 2002, constituye una norma que tiene dos sentidos normativos:

i) Un primer sentido, en virtud del cual el Gobierno Nacional puede conceder el indulto por delitos no políticos, como se plantea en la demanda, el cual es abiertamente contrario a lo dispuesto en los Arts. 150, Num. 17, y 201, Num. 2, de la Constitución Política, por prever éstos expresamente que debe tratarse de delitos políticos.

ii) Un segundo sentido, según el cual el Gobierno Nacional sólo puede conceder el indulto por delitos políticos, o sea, por rebelión, sedición y asonada. Este sentido incluye obviamente el otorgamiento del beneficio por los delitos conexos con los delitos políticos, de acuerdo con el criterio uniforme de la doctrina jurídica.

Como es evidente, este sentido normativo es el que se ajusta a la Constitución, concretamente a los Arts. 150, Num. 17, y 201, Num. 2, por lo cual, con fundamento en el principio de conservación del Derecho, es válido considerar la procedencia de declarar en forma condicionada la citada norma, bajo dicho entendimiento, con el fin de mantener en el ordenamiento jurídico el sentido normativo respetuoso del Estatuto Superior y excluir de aquel el sentido normativo contrario a este último.

(...)

Por el contrario, la concesión del indulto por delitos no políticos no protege los mencionados principios y derechos constitucionales y es contraria al orden justo previsto como valor fundamental del Estado colombiano en el preámbulo de la Constitución.

Por otra parte, cabe resaltar que el mismo sentido normativo concuerda plenamente con el contenido actual del ordenamiento constitucional colombiano y de la normatividad internacional, por causa de la reforma introducida al Art. 93 de la Constitución por el Art. 1º del Acto Legislativo 2 de 2001, que facultó al Estado colombiano para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de Julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en la Constitución”.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte declaró exequible, “*por el cargo examinado, el inciso 2o del Art. 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el Art. 19 de la Ley 782 de 2002, en el entendido de que el indulto a los nacionales que individualmente y por decisión voluntaria abandonen sus actividades como miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley únicamente podrá concederse por los delitos políticos y los delitos conexos con aquellos*”. En otras palabras, la Corte consideró contrarias a la Constitución otras interpretaciones de la norma acusada, que apuntaran a que crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional pudieran ser indultados o amnistiados.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 975 de 2005 “*Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*”, normatividad cuya constitucionalidad, en aspectos esenciales de forma y de fondo, fue examinada *in extenso* en sentencia C- 370 de 2006. La finalidad de dicha normatividad, como se sabe, consistió en que, dentro de un contexto de justicia transicional, aquellos desmovilizados que hubiesen cometido crímenes atroces pudiesen acceder a determinados beneficios penales, en especial, la imposición de una pena alternativa, a condición de que cumplieran con determinadas condiciones, encaminadas a garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas.

Dentro de las disposiciones relevantes para la comprensión del asunto sometido actualmente al examen de la Corte, importa señalar que, en relación con el artículo 69 de la Ley 975 de 2005, la Corte se declaró inhibida en la mencionada sentencia. El texto de la referida norma es el siguiente:

“ARTÍCULO 69. Las personas que se hayan desmovilizado dentro del marco de la **Ley 782 de 2002** y que hayan sido certificadas por el Gobierno Nacional, podrán ser beneficiarias de resolución inhibitoria, preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento, según el caso, por los **delitos de concierto para delinquir** en los términos del **inciso primero** del artículo 340 del Código Penal; **utilización ilegal de uniformes e insignias**; instigación a delinquir en los términos del inciso primero del artículo 348 del Código Penal; fabricación, tráfico y porte de armas y municiones.

Las personas condenadas por los mismos delitos y que reúnan las condiciones establecidas en el presente artículo, también podrán acceder a los beneficios jurídicos que para ellas consagra la Ley 782 de 2002.

A su vez, la Corte declaró inexecutable, por vicios de forma, el artículo 71 de la Ley de Justicia y Paz, disposición que preveía lo siguiente:

“ARTÍCULO 71. Adicionase al artículo 468 del Código Penal un inciso del siguiente tenor: También incurrirá en el **delito de sedición** quienes **conformen o hagan** parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal. En este caso, la pena será la misma prevista para el delito de rebelión.

Mantendrá plena vigencia el numeral 10 del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988 e incorporado a la legislación nacional mediante Ley 67 de 1993.

Con posterioridad al fallo de la Corte Constitucional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 11 de julio de 2007, rad. 26.945, consideró que los crímenes cometidos por los grupos paramilitares o de autodefensa, no podían ser calificados como delitos políticos, y por ende, resultaban improcedentes las concesiones de amnistía o indulto en relación con aquéllos. En palabras de la Corte:

“Debido a que los hechos delictivos cometidos por cuenta o en nombre de los paramilitares no fueron ejecutados con el propósito de atacar contra el régimen constitucional y legal vigente, con denunciado apoyo de importantes sectores institucionales y procurando obtener beneficios particulares, pretender que una norma identifique como delito político conductas claramente señaladas como delitos comunes resulta contrario a la Constitución vigente, desconoce la jurisprudencia nacional y contradice la totalidad de doctrina nacional y extranjera.

De lo dicho se sigue que quienes hayan estado vinculados a los grupos paramilitares o de autodefensa, cualquiera sea el grado de participación en la organización y en los delitos cometidos por cuenta de la misma, no pueden ser beneficiarios de amnistía, indulto, su extradición está permitida y, por regla general, no podrán acceder al servicio público y si llegasen a ser elegidos a alguna corporación pública se encontrarán en causal de pérdida de la investidura por subsistir la inhabilidad derivada del antecedente penal que surge de la comisión de un delito que apareja pena de prisión. (negrillas y subrayado agregados).

En la misma sentencia, la Corte Suprema de Justicia entendió que quien hubiese cometido el delito de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340.2 del Código Penal, no podía solicitar los beneficios jurídicos de que trata el artículo 69 de la Ley de Justicia y Paz. En palabras de la Corte:

*“Aceptando, en gracia de discusión, que el procesado se desmovilizó como miembro de un grupo armado ilegal en los términos de la legislación vigente, no es posible cesar el procedimiento en su favor porque se le acusa de **concierto para delinquir agravado**, delito respecto del cual no está prevista tal posibilidad.*

En el pliego acusatorio que elaboró la Fiscalía se puede leer que

“... encontramos aquí que el Concierto por el que se encuentra vinculado a ésta investigación ORLANDO CÉSAR, no es el de solo hecho de concertarse, sino el hecho de pertenecer a un grupo ilegalmente armado, conocido como el Bloque ELMER CARDENAS que viene delinquiendo en el Urabá, y que como otros grupos de Autodefensas, va llegando con sus armas a todo el territorio de la Nación, dejando muerte y desolación a su paso,

situación fáctica que en términos normativos corresponde al inciso 2° del artículo 340 del Código Penal de 2000, modificado por la Ley 1121 de 2006, artículo 19, punible para el cual no existe la posibilidad de conceder beneficios en los términos del artículo 69 de la Ley 975 de 2005.

En la misma sentencia, la Corte Suprema de Justicia consideró que, en los términos de la Ley 782 de 2002, sólo podía ser solicitar los beneficios penales en ella consagrados, quienes hubieren cometido delitos políticos, es decir, excluyendo el concierto para delinquir agravado (art. 340.2 del C.P.):

“Tampoco resulta procedente poner fin a la acción penal en virtud de la Ley 782 de 2002, pues las personas que pueden resultar beneficiadas deben estar procesadas “por hechos constitutivos de los delitos a que se refiere este título” (artículo 24 que prorroga la vigencia del artículo 60 de la Ley 418 de 1997), que no son otros que los denominados delitos políticos y que corresponden a los consagrados en los artículos 467 (rebelión), 468 (sedición), 469 (asonada), 471 (conspiración) y 472 (seducción, usurpación y retención ilegal de mando), insertos en el Título XVIII (De los delitos contra el régimen constitucional y legal) del Código Penal de 2000.”

De allí que, en el caso concreto, el procesado no podía recibir los beneficios previstos en las Leyes 782 de 2002 y 975 de 2005, por cuanto, no obstante haberse desmovilizado, había sido dictada en su contra resolución acusatoria por los delitos de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, en la modalidad de conservación.

El anterior es el complejo panorama normativo y jurisprudencial que ha servido como marco jurídico para llevar a cabo las diversas desmovilizaciones, individuales y colectivas, de los grupos armados ilegales en Colombia en los últimos años. Contexto que, estimó el Despacho, era necesario tomar en consideración, a efectos de comprender las razones que expuso el legislador al momento de adoptar las disposiciones acusadas.

V. PRIMER CRITERIO INTERPRETATIVO: LAS RAZONES Y LOS DEBATES QUE MOTIVARON LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1312 DE 2009.

A lo largo de la ponencia, el Despacho explicó igualmente las razones y los debates que motivaron la expedición de la Ley 1312 de 2009. Veamos.

El día 9 de abril de 2009, el Fiscal General de la Nación, Mario Iguarán Arana, el Ministro del Interior y de Justicia Carlos Holguín Sardi, y el Senador Héctor Helí Rojas Jiménez, radicaron ante

el Senado de la República el Proyecto de Ley 261 de 2008 Senado, “por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad”⁶¹⁸.

Al respecto, conviene precisar que, dentro de la exposición de motivos, se planteó la necesidad de reformar la regulación del principio de oportunidad, a efectos de dismantelar organizaciones delictivas relacionadas con el desarrollo del conflicto armado interno:

“De igual manera, esta aplicación del principio de oportunidad poseería especial incidencia en el tema del **conflicto armado**, dado que se tendría la prueba razonable para que numerosos jefes de **grupos armados al margen** de la ley o de organizaciones criminales fueran vinculados a investigaciones por este tipo de delitos y se lograría determinar quiénes son los líderes, auspiciadores y promotores de estos grupos, el *modus operandi*, rutas, relaciones, entre otros datos, ya que operaría de una manera efectiva la colaboración con la justicia, de acuerdo con los numerales 5 y 6 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, con las excepciones mencionadas, como es que no se aplique a los jefes, directores, organizadores, promotores, determinadores o cabecillas”.

Ahora bien, las principales razones que llevaron al Congreso a introducir, en el texto de la reforma a la regulación del principio de oportunidad lo atinente al tema de los desmovilizados, se hallan consignadas en el “*Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 342 de 2008 Cámara, 261 de 2008, Senado*” (Gaceta del Congreso núm. 378 de 2008), en los siguientes términos:

“Sobre la legislación antes mencionada, denominada de justicia y paz, la honorable Corte Suprema de Justicia - Sala Penal, dentro del Expediente **número 26945** en trámite de segunda instancia al respecto manifestó:

(...)

Al tenor de lo manifestado por la Honorable Corte Suprema de justicia, es menester del legislativo no solo adoptar un marco normativo con el cual **pueda darse una salida jurídica a la problemática de miles de desmovilizados de grupos al margen de la ley**, sino que tal marco jurídico goce del pleno respeto y protección de las garantías constitucionales a los derechos humanos y el compromiso del Estado colombiano con la búsqueda de la justicia, la verdad y la reparación de las víctimas del conflicto.

De cara a lo anterior es necesario advertir que pese a la preocupación que asiste a quienes suscribimos la presente ponencia por dotar de mecanismos jurídicos a las instituciones y a la Rama Judicial para la eficacia de programas de desmovilización y eventuales acuerdos humanitarios y de desarticulación de grupos al margen de la ley, sean estos grupos guerrilleros, paramilitares o bandas emergentes, **el principio de oportunidad debe ser entendido dentro del marco de la Ley 906 de 2006**, como una herramienta procesal dentro del derecho penal y su implementación obedece a una política criminal que atienda en justas proporciones un espectro general y completo del delito en el derecho interno, por lo que su implementación no puede desconocer los niveles de criminalidad y los fenómenos delictivos contra los cuales se ha fortalecido la lucha institucional día a día y que entre otras cosas, debe responder a estándares internacionales sobre conductas consideradas de desestabilidad de la seguridad internacional. (negrillas agregadas).

⁶¹⁸ Gaceta del Congreso núm. 124 del 10 de abril de 2008.

III. Pliego de Modificaciones.

Teniendo en cuenta las numerosas recomendaciones del órgano judicial de control constitucional sobre la necesidad de reglar de manera detallada, expedita y clara la aplicabilidad del principio de oportunidad dentro del Sistema Penal Acusatorio, dada la orientación de la política criminal del Estado, frente a la cual cabe advertir, no puede convertirse en solución mediática a problemáticas individualmente evaluadas, sino que debe responder a la posición del Estado frente a la prevención, sanción y erradicación del delito, frente a la protección de los Derechos Humanos y la determinación de la punibilidad para delitos de lesa humanidad, frente al reproche del terrorismo y el narcotráfico que han sido fuentes de agravación en la corrupción de las instituciones públicas y el debilitamiento de las relaciones entre Estado y sociedad, poder público y sociedad, se propone realizar algunas modificaciones al texto aprobado por la Comisión Primera del Senado, con la finalidad de dar mayor claridad al texto de la norma y evitar así la discrecionalidad con la que en ejercicio de una indebida interpretación legal o judicial pueda transformarse el verdadero espíritu de la norma.

1. Aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados

De acuerdo a la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia de julio 11 de 2007, en la que se determinó que los desmovilizados de grupos de autodefensas debían responder ante la justicia ordinaria por el delito de **concierto para delinquir agravado este órgano legislativo debe responder a la necesidad de determinar de forma clara y expresa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que puede ser considerado objeto de aplicación del principio de oportunidad el caso de más de 19.000 desmovilizados de las AUC, dada la problemática que frente al sistema judicial y frente a la sociedad colombiana, que reclama verdad, justicia y reparación, representa el no definir de una u otra forma dicha situación.** (negrillas agregadas).

Consideramos que el texto aprobado en la Comisión Primera del Senado de la República ha introducido importantes enmiendas al principio de oportunidad integrado al Nuevo Sistema Penal Acusatorio bajo la normatividad consagrada en los artículos 324 y siguientes del Código de Procedimiento Penal - Ley 906 de 2004, pero frente a dicho articulado es necesario que esta Corporación insista en algunas modificaciones que para riqueza de la ley, aclaran las limitaciones a las causales de aplicación del principio de oportunidad e igualmente amplían los requisitos y obligaciones de quienes puedan ser beneficiados con esta herramienta jurídica, cuyo único objeto es la desarticulación de las bandas criminales, la erradicación del delito, la eficacia respecto de los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas y el respeto por los derechos humanos como ejes de la política criminal de Estado.

De cara a la **justicia transicional**, teniendo en cuenta el informe de la Fiscalía General de la Nación, presentado dentro del marco del Foro “Camino Jurídico aplicable a los procesos de Paz y Desmovilización Presentes y Futuros”, llevado a cabo el pasado 9 de octubre en el Congreso de la República, a la fecha existen 31.804 miembros desmovilizados de grupos al margen de la ley, de los cuales 3.538 han sido postulados a la Ley de Justicia y Paz por el Gobierno Nacional, y 28.100 desmovilizados han sido escuchados en versión libre, diligencias de las cuales han resultado 10.749 resoluciones inhibitorias de las que

actualmente se han apelado 205. En igual sentido la **Fiscalía General de la Nación llama la atención en la necesidad de buscar solución para los desmovilizados de grupos al margen de la ley a quienes, en virtud y cumplimiento del fallo de la Corte Suprema, no se les puede aplicar los beneficios contenidos en la Ley 782 de 2002. (Desmovilizados AUC).** (negritas agregadas).

Al respecto cabe advertir, que el principio de oportunidad no puede ser utilizado para dilatar los procesos judiciales que tienen una justa causa y en ese sentido generar un ambiente de total impunidad frente a graves violaciones de Derechos Humanos, delitos de lesa humanidad y otros tantos punibles ante los cuales no puede ceder la política criminal del Estado, por ello se propone como causal para la aplicación del principio de oportunidad frente a los desmovilizados que no pueden obtener ningún beneficio contenido en la Ley 782 de 2002 y que han sido excluidos en igual medida de los beneficios de la Ley 975 de 2005, el siguiente texto...”.

Así mismo, en el texto del *“Informe de Ponencia para Segundo Debate al Proyecto de Ley No. 342 de 2008 Cámara, 261 de 2008 Senado, “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004, en lo relacionado con el principio de oportunidad”*, se encuentran consignadas las motivaciones que llevaron a incluir la norma acusada:

“B) OBJETIVOS DEL PROYECTO DE LEY Y PROPUESTA DE MODIFICACIONES PARA SEGUNDO DEBATE:

1. Reformular todo el artículo 324 de la Ley 906 de 2004, combinando conceptos de insignificancia, reparación, interés de la víctima, formas alternativas de satisfacción de intereses colectivos, colaboración con la justicia, etc.

En igual sentido se busca establecer una definición clara y concordante con el artículo 250 de la Constitución Política sobre el principio de oportunidad y su aplicación.

2. Acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que algunos autores de conductas de narcotráfico y terrorismo puedan ser beneficiados con la aplicación del principio de oportunidad cuando colaboren con la justicia o sirvan como testigo y siempre que no constituyan cabecillas o jefes.

3. Acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que los miembros rasos de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron en el marco de la ley de justicia y paz y en general en el marco de las negociaciones de paz con el Gobierno Nacional, puedan ser beneficiarios del principio de oportunidad. En este mismo sentido se sugiere establecer audiencias colectivas para cuando concurra un número considerable de desmovilizados, para lo cual se establecerá un párrafo o inciso al numeral 17 del artículo 324 del texto aprobado en Comisión Primera. (negritas agregadas).

4. Precisar las prohibiciones para incluir el tema de los menores víctimas de delitos dolosos y los crímenes de guerra.

5. Respalda la propuesta de que el principio de oportunidad opere tanto en la investigación como en el juzgamiento y proponer una fórmula para la desestimación de denuncias sin fundamento.

6. Se busca igualmente excluir de la aplicación del principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido a su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

(...)

a) **Aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados.**

De acuerdo a la sentencia de la H. **Corte Suprema de Justicia de Julio 11 de 2007**, en la que se determinó que los desmovilizados de grupos de autodefensas debían responder ante la justicia ordinaria por el **delito de concierto para delinquir agravado**, este órgano legislativo debe responder a la necesidad de determinar de forma clara y expresa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que puede ser considerado objeto de aplicación del principio de oportunidad el caso de más de **19.000 desmovilizados de las AUC**, dada la problemática que frente al sistema judicial y frente a la sociedad colombiana, que reclama **verdad, justicia y reparación**, representa el no definir de una u otra forma dicha situación (negritas agregadas).

Consideramos que el texto aprobado en la Comisión Primera del Senado de la República ha introducido importantes enmiendas al principio de oportunidad integrado al Nuevo Sistema Penal Acusatorio bajo la normatividad consagrada en los artículos 324 y siguientes del Código de Procedimiento Penal- Ley 906 de 2004, pero frente a dicho articulado es necesario que esta Corporación insista en algunas modificaciones que para riqueza de la ley, aclaran las limitaciones a las causales de aplicación del principio de oportunidad e igualmente amplían los requisitos y obligaciones de quienes puedan ser beneficiados con esta herramienta jurídica, cuyo único objeto es la desarticulación de las bandas criminales, la erradicación del delito, la eficacia respecto de los postulados de verdad, justicia y reparación a las víctimas y el respeto por los derechos humanos como ejes de la política criminal de Estado.

De cara a la **justicia transicional**, teniendo en cuenta el informe de la Fiscalía General de la Nación, presentado dentro del marco del Foro “Camino Jurídico aplicable a los procesos de Paz y Desmovilización Presentes y Futuros”, llevado a cabo el pasado 9 de octubre en el Congreso de la República, a la fecha existen 31.804 miembros desmovilizados de grupos al margen de la ley, de los cuales 3.538 han sido postulados a la ley de justicia y paz por el gobierno nacional, y 28.100 desmovilizados han sido escuchados en versión libre, diligencias de las cuales han resultado 10.749 resoluciones inhibitorias de las que actualmente se han apelado 205. En igual sentido **la Fiscalía General de la Nación llama la atención en la necesidad de buscar solución para los desmovilizados de grupos al margen de la ley a quienes, en virtud y cumplimiento del fallo de la Corte Suprema, no se les puede aplicar los beneficios contenidos en la ley 782 de 2002. (Desmovilizados AUC).** (negritas agregadas).

Al respecto cabe advertir, que el principio de oportunidad no puede ser utilizado para dilatar los procesos judiciales que tienen una justa causa y en ese sentido generar un ambiente de total impunidad frente a graves violaciones de derechos humanos, delitos de lesa humanidad y otros tantos punibles ante los cuales no puede ceder la política criminal del Estado, por ello **se propone como causal para la aplicación del principio de oportunidad frente a los desmovilizados que no pueden obtener ningún beneficio contenido en la ley 782 de 2002 y que ha sido excluidos en igual medida de los beneficios de la Ley 975 de 2005**, el siguiente texto:

“Artículo _____. El artículo 324 de la ley 906 de 2004, quedará así:”

“Artículo 324. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:”

(...)

“17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 3 de 2002.”

Para la ponencia a debatirse en plenaria de Cámara, y como ya lo habíamos reseñado, hemos decidido establecer audiencias colectivas para cuando concurra un número considerable de desmovilizados, debido a que en este caso es imperativo para la Fiscalía contar con un mecanismo expedito para poder aplicar el Principio de Oportunidad a los desmovilizados, y, en igual forma aclarar que esta causal se extiende a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 03 de 2002, haciendo así expreso el principio de irretroactividad de la ley penal al consignar que el nuevo sistema se aplicaría *“únicamente a los delitos cometidos con posterioridad a la vigencia”*. Si bien es cierto que el artículo 533 de la Ley 906 de 2004, por la cual se desarrolló legalmente el sistema penal acusatorio, estableció que el presente código regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de enero del año 2005, no es menos cierto que el Acto legislativo No. 03 de 2002 difirió la operatividad de su aplicación a la ley, por lo cual en este proyecto, para evitar equívocos, establecemos que con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo mencionado y respecto de la causal numerada como 17, que hace referencia a los desmovilizados, se aplicaría desde la vigencia de la reforma constitucional.

Para fundamentar la necesidad de incluir en la causal de desmovilizados (num. 17) la alusión expresa sobre que ésta se aplicaría a partir de la vigencia del Acto Legislativo No. 03 de 2002, consideramos que esta posibilidad es perfectamente viable en virtud del principio de favorabilidad, tal y como se ha destacado en reiteradas jurisprudencias no sólo de la Corte Constitucional Colombiana, sino además de la Corte Suprema de Justicia. Por

tanto, destacamos algunas de las principales decisiones en las que se reitera dicha garantía”.

Pues bien, del examen de los antecedentes legislativos, el Despacho evidenció que el Congreso pretendía lo siguiente:

- a) Encontrar una “*salida jurídica*” a la situación en que se encontraban, según él, cerca de 19.000 desmovilizados de las AUC luego del fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia el 11 de julio de 2007, según el cual los desmovilizados de las autodefensas debían responder por el delito de concierto para delinquir agravado (art. 340.2 del C.P.), no pudiendo ser beneficiarios del indulto previsto en la Ley 782 de 2002, ya que no habían cometido *delitos políticos*, ni tampoco de los beneficios penales establecidos en el artículo 69 de la Ley de Justicia y Paz, por cuanto su accionar tampoco podía ser adecuado típicamente como concierto para delinquir simple (art. 340.1 del C.P.).
- b) Acoger la propuesta del señor Fiscal General de la Nación de que los **miembros rasos** de los grupos armados ilegales que se desmovilizaron en el marco de la ley de justicia y paz y en general de las negociaciones de paz con el Gobierno Nacional, puedan ser beneficiarios del principio de oportunidad.
- c) Prever la realización de **audiencias colectivas** de aplicación del principio de oportunidad, dado el elevado número de solicitudes que se presentarían.
- d) Evitar que el principio de oportunidad regulado en la reforma a la Ley 906 de 2004, se aplicara para delitos relacionados con violaciones graves a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, es decir, excluir su aplicación en tales casos, por cuanto se generaría una impunidad inaceptable.

VI. SEGUNDO CRITERIO INTERPRETATIVO: LA NECESIDAD DE INTERPRETAR SISTEMÁTICAMENTE LAS NORMAS ACUSADAS, DENTRO DE UN CONTEXTO DE JUSTICIA TRANSICIONAL Y DE CONFORMIDAD CON LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

El Despacho consideraba que las normas acusadas debían ser interpretadas sistemáticamente, dentro de un contexto de justicia transicional y de conformidad con los estándares internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

En efecto, según el Despacho, el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., así como el parágrafo 3 deben ser entendidos, no de manera aislada, sino de conformidad con toda la regulación legal del principio de oportunidad, y por supuesto, a la luz del artículo 250 Superior.

Así pues, para que pueda aplicarse, en un caso concreto, la causal prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. se requerirá:

- (i) Que exista fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal (art. 323 del C.P.P.);
- (ii) El supuesto fáctico debe adecuarse a la causal prevista por el legislador, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación;
- (iii) Que no se trate de investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, *delitos de lesa humanidad*, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima

sea un menor de dieciocho (18) años (parágrafo tercero del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P.);

- (iv) Que tampoco se trate de un acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal, por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública, con el apoyo o colaboración del grupos al margen de la ley o del narcotráfico (parágrafo cuarto del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P.);
- (v) El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad (art. 327 del C.P.P.) ; y
- (vi) El control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. (Art. 327 del C.P.P.).

Como se puede observar, la invocación de la causal de aplicación del principio de oportunidad para el caso de los desmovilizados no es (i) **automática**, ni se encuentra radicada exclusivamente en cabeza de la Fiscalía General de la Nación; (ii) su aplicación se encuentra sometida a **control judicial**; (iii) durante la audiencia deberán participar el Ministerio Público y las víctimas, quienes podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía; y (iv) resulta **inaplicable** para casos de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Al mismo tiempo, la aplicación de dicha causal deberá hacerse dentro del marco de la política criminal del Estado, pudiendo decidirse, en el caso concreto, entre (i) suspender; (ii) interrumpir o (iii) renunciar a la persecución penal. De tal suerte que se trata de una figura diferente a los clásicos indultos o amnistías.

Ahora bien, el examen de constitucionalidad de la causal de aplicación del principio de oportunidad, prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., debía ser además entendida dentro de un contexto de aplicación de justicia transicional. No se trataba, tan sólo de examinar la constitucionalidad de la disposición acusada, de conformidad con las normas superiores que regulan el proceso penal, sino igualmente, tomando en consideración su relación con los principios que orientan la justicia transicional, tal y como también lo hizo la Corte en sentencia C- 370 de 2006.

En efecto, las leyes 782 de 2002 - con sus respectivas prórrogas-, la Ley 975 de 2005, al igual que la Ley 1312 de 2009, a pesar de presentar cada una sus particularidades en términos sustanciales y procesales, comparten, como denominador común, aquel de ser normatividades encaminadas a que los integrantes de los grupos armados ilegales, de cualquier ideología, se desmovilicen individual o colectivamente. De allí que, al momento de examinarse la conformidad de cada una de estas regulaciones con la Constitución, deban ponderarse, los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, sin que resulte admisible el sacrificio absoluto de alguno de ellos. Al respecto, la Corte consideró en sentencia C- 370 de 2006 lo siguiente:

“De esta manera, en el presente caso se presenta una colisión entre diferentes derechos constitucionales, y es con base en ese conflicto que se formulan los diversos cargos de la demanda. Cuando se presenta este tipo de conflicto, el juez constitucional está llamado a aplicar el método de la ponderación, es decir, a sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer.

El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos. Se trata de una decisión política y práctica del Legislador, que se orienta hacia el logro de un valor constitucional. En ese sentido, la Ley 975 de 2005 es un desarrollo de la Constitución de 1991. Pero la paz no lo justifica todo. Al valor de la paz no se le puede conferir un alcance absoluto, ya que también es necesario garantizar la materialización del contenido esencial del valor de la justicia y del derecho de las víctimas a la justicia, así como los demás derechos de las víctimas, a pesar de las limitaciones legítimas que a ellos se impongan para poner fin al conflicto armado. El Legislador ya optó por fórmulas concretas de armonización entre tales valores y derechos, que como se dijo, restringen el ámbito de efectividad del valor y el derecho a la justicia en aras de lograr la paz, por medio de la concesión de beneficios penales y procedimentales a los desmovilizados. Compete, pues, a la Corte determinar, a través del método de ponderación entre tales valores y derechos, si la armonización diseñada por el Congreso y plasmada en las normas acusadas respeta los contenidos mínimos protegidos por la Constitución.

Una vez establecido que la ponderación es el método apropiado a aplicar en este caso, es necesario definir cuáles son los términos en los que se habrá de realizar tal ponderación; es decir, cuáles son los valores o derechos constitucionales que se habrán de ubicar a uno y otro lado de los extremos de la colisión anteriormente descrita, para efectos de evaluar su peso comparativo al juzgar cada una de las normas acusadas. En este sentido, observa la Corte que están abiertas tres opciones diferentes, que abarcan el conflicto constitucional desde distintos niveles:

Una primera opción, la más restringida, exigiría que la Corte limite su análisis a los mecanismos estrictamente procedimentales y punitivos consagrados en la Ley demandada, y contraste su diseño y aplicación con los que forman parte del sistema penal y procesal penal ordinario, aplicable a los demás ciudadanos. Esta opción, sin embargo, implica excluir del análisis importantes elementos, como lo son el valor mismo de la paz o de la justicia, así como los derechos de las víctimas. De tal forma, el juicio de constitucionalidad que la Corte está llamada a hacer debe reconocer, como primera medida, la complejidad de la colisión entre valores y derechos constitucionales generada por la Ley acusada, y no restringir su alcance a las facetas meramente punitivas y procedimentales de la misma. Esta opción, pues, será descartada.

Una segunda opción implica efectuar una ponderación entre valores constitucionales, que en este caso serían los de la paz y la justicia en su dimensión objetiva. No obstante, al igual que la anterior posibilidad, esta formulación del conflicto a resolver excluye del análisis los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos constitutivos de delito, desconociendo por ende que las fórmulas adoptadas por el Legislador tienen el

potencial de incidir en forma significativa sobre los referidos derechos, bien para promoverlos o para limitarlos.

La tercera alternativa es la de ponderar la paz, la justicia en tanto valor objetivo, la justicia en tanto derecho de las víctimas y los demás derechos de éstas – v.gr. los derechos a la verdad, la reparación y la no repetición. Esta es la opción que mejor respeta la complejidad de los problemas jurídicos a resolver porque no excluye del análisis constitucional ninguno de los valores y derechos constitucionalmente relevantes.

En este orden de ideas, observa la Corte que fue el mismo Legislador quien, al optar por fórmulas limitativas del valor y el derecho a la justicia para lograr la paz, estableció los términos esenciales a partir de los cuales se ha de realizar el juicio de ponderación. En efecto, como se señaló anteriormente, en la ley demandada se establecen diferentes mecanismos –como la alternatividad penal y reglas procesales específicas- que implican, de entrada, una afectación del valor objetivo de la justicia y del derecho correlativo de las víctimas a la justicia. Por lo tanto, al juzgar los beneficios penales, uno de los extremos de la ponderación ha de ser el de la justicia, como valor y como derecho de las víctimas. La ponderación se ha de llevar a cabo, en consecuencia, entre las diferentes maneras en que las normas demandadas afectan la justicia, y los demás valores y derechos constitucionales a proteger, a saber: la paz, el derecho a la verdad, el derecho a la reparación y el derecho a la no repetición de las conductas violatorias de derechos humanos. Cabe advertir que el problema novedoso que plantea la Ley 975 de 2005 es el de cómo ponderar la paz. La cuestión es compleja no solo por su novedad sino por la enorme trascendencia que la Constitución de 1991 le asignó a la paz”.

Así las cosas, el juicio de constitucionalidad del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. debía estar orientado, según el Despacho, en tanto que se trata de un instrumento procesal propio de un proceso de justicia transicional, por la ponderación entre la paz, la justicia en tanto valor objetivo y en cuanto derecho de las víctimas, así como los demás derechos de éstas (derechos a la verdad, la reparación y la no repetición).

De igual manera, según el Despacho, el juez constitucional deberá tomar en consideración los estándares internacionales que limitan al Estado colombiano al momento de adoptar y aplicar medidas de justicia transicional, ampliamente explicadas en el texto de la sentencia C- 370 de 2006, motivo por el cual resulta innecesario volver sobre ellas.

VII. ANÁLISIS SOBRE EL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD Y LÍMITES CON QUE CUENTA EL LEGISLADOR PARA DISEÑAR LAS CASUALES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

El Despacho analizó igualmente el margen de discrecionalidad con que cuenta el legislador al momento de regular la aplicación del principio de oportunidad. Veamos.

En numerosas ocasiones, la Corte ha señalado que el legislador cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, y en concreto, al momento de regular las causales de aplicación del principio de oportunidad, entendiendo que el constituyente acogió además un modelo de principio de oportunidad reglado, distinto al anglosajón y mucho más próximo al continental europeo.

De igual manera, ha sostenido, de manera constante, que tal facultad no es ilimitada, y que por el contrario, aquéllas no pueden ser reguladas de forma manifiestamente ambigua u oscura, lo cual se traduce en un margen de apreciación demasiado amplio para los operadores judiciales. Sin embargo, también ha admitido que no se trata de reglas que deban extremadamente precisas, por cuanto aquello desvirtuaría el sentido y la lógica de aplicación de la figura procesal.

Así pues, a manera de síntesis de las líneas jurisprudenciales sentadas en la materia, la Corte en sentencia C- 095 de 2007, consideró lo siguiente:

“Así pues, conforme a la Constitución corresponde al legislador señalar los casos excepcionales en los cuales la Fiscalía puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. Ahora bien, ¿qué límites encuentra el Congreso a la hora de diseñar estas causales de aplicación excepcional del principio de oportunidad?”

*En primer lugar, las facultades legislativas en esta materia se encuentran restringidas por la finalidad constitucional de la institución. Ciertamente, el referido principio de oportunidad tiene un propósito, cual es el **de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal**. Sin embargo, la Constitución no señala explícitamente los casos en los cuales dicha persecución no resultaría razonable, dejando este señalamiento al legislador; al repasar los antecedentes históricos del proceso que llevó a la expedición del Acto Legislativo 03 de 2002, se encuentra que el constituyente expresamente mencionó o puso como ejemplo algunas circunstancias que ameritarían el diseño de causales de aplicación de la oportunidad penal. Vg., se refirió a conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, o a la necesidad de simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidad; así mismo puso de presente que en el régimen procesal penal antes vigente, la oportunidad penal ya venía operando en “en forma larvada”, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dictaba el fiscal cuando había conciliación por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien aplicándola en los casos de sentencia anticipada o audiencia especial.⁶¹⁹ Pero a pesar de estos ejemplos, el constituyente secundario defirió expresamente al legislador el señalamiento de las causales de procedencia de la oportunidad penal, como se deduce del tenor literal del artículo 250 superior.⁶²⁰ En tal virtud, el legislador goza de una amplia potestad legislativa a la hora de señalar aquellas circunstancias que rodean la comisión o el juzgamiento de cualquier conducta punible, en las cuales resulta desproporcionada, inútil o irrazonable la persecución penal, pudiendo establecer a su arbitrio, por ejemplo, que la ínfima importancia social de un hecho punible, la culpabilidad disminuida, o la revaluación del interés público en la persecución de la conducta, etc., sean causales que*

⁶¹⁹ Cf. Sentencia C-673 de 2005.

⁶²⁰ **“Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.”** (Negrillas fuera del original)

permitan prescindir de la persecución. Es decir, en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, que pueden dar lugar a la aplicación del principio de oportunidad, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de racionalidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal .

Otro límite más estrecho encuentra el legislador a la hora de diseñar las causales de aplicación de la oportunidad penal, y es el que viene dado por el deber de las autoridades de asegurar la vigencia de un orden justo, tal como lo postula el Preámbulo y el artículo 2° de la Carta, y por los compromisos internacionales del Estado en materia de acceso a la administración de justicia para la defensa de los derechos humanos, y para la efectividad de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones a los mismos. Este límite no se refiere a las circunstancias que rodean la comisión, la investigación o el juzgamiento de una conducta punible, sino a la naturaleza especialmente grave del delito en sí mismo considerado. Esos compromisos internacionales para la efectiva persecución y sanción de ciertos delitos especialmente graves se encuentran recogidos en los instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de Derecho Internacional Humanitario y de Derecho Penal Internacional suscritos por Colombia, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles⁶²¹, la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁶²², la “Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura”⁶²³, la “Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas”⁶²⁴, los compromisos Derecho Internacional Humanitario contenidos de manera especial en los Cuatro Convenios de Ginebra, incorporados a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 5 de 1960⁶²⁵, y en los Protocolos I y II de 1977⁶²⁶, adicionales a dichos Convenios; y en el ámbito del Derecho Penal Internacional, el Tratado de Roma, constitutivo de la Corte Penal Internacional, que refleja un consenso de la comunidad de las naciones orientado a combatir la impunidad y lograr el respeto y la efectividad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

Este tipo de compromisos internacionales, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 superior constituyen parámetros de control de constitucionalidad, y que por tal razón

⁶²¹ Estos instrumentos consagran mecanismos para que las víctimas o los perjudicados por una violación de derechos humanos presenten directamente una queja ante una instancia internacional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Convención, o el Comité de Derechos Humanos del Pacto

⁶²² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1984, aprobada mediante la Ley 70 de 1986.

⁶²³ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Cartagena de Indias en 1985, aprobada mediante la Ley 406 de 1997, declarada exequible mediante la Sentencia C-351 de 1998.

⁶²⁴ Adoptada por la Asamblea General de la OEA en Belém do Pará. Brasil, en 1994. Aprobada mediante la Ley 707 de 2001, revisada mediante la Sentencia C-580 de 2002.

⁶²⁵ Convenio I, para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; Convenio II, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra;

⁶²⁶ Leyes 11 de 1992 y 171 de 1994, revisadas mediante las sentencias C-088 de 1993, y C-225 de 1995, respectivamente.

inciden en la interpretación del Derecho interno, obedecen a que las violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario son mucho más graves e inaceptables que las ofensas causadas mediante otras formas de criminalidad, por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que tales vulneraciones de derechos implican. Por ello el Estado colombiano se ha unido a la comunidad internacional en el empeño de sancionar esas conductas. La gravedad de estos comportamientos rebasa entonces el límite infranqueable de la dignidad humana, de manera que, por razones de proporcionalidad y de respeto a sus compromisos internacionales, no podría el legislador prescindir de la persecución penal en estos casos.

Finalmente, una tercera categoría de límites a la facultad legislativa en el diseño de las causales de aplicación de la oportunidad penal viene dada por el perfil del principio de oportunidad penal acogido por la Constitución Política. Como anteriormente se puso de relieve, dentro de las características del principio de oportunidad se destaca el carácter excepcional y reglado de la institución. Sobre este asunto la Corte ha señalado que para que el principio de oportunidad se ajuste a lo previsto en el artículo 250 Superior, es decir, para que efectivamente mantenga su carácter excepcional y se aplique solamente “en los casos que establezca la ley”, las causales que autorizan su aplicación “deben ser definidas por el legislador de **manera clara y precisa**, de suerte que la facultad discrecional de aplicación no se convierta en una posibilidad de aplicación arbitraria.”⁶²⁷ De esta forma, en virtud del carácter excepcional o reglado del principio de oportunidad acogido por el constituyente, “al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de investigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.”⁶²⁸

Sobre las razones por las cuales se exige cierto grado de precisión y claridad en el señalamiento de las causales de aplicabilidad del principio de oportunidad, en la Sentencia que se viene comentando se vertieron las siguientes consideraciones que ahora resulta oportuno recordar:

“La Corte considera que si bien el legislador cuenta con un margen para configurar las causales de procedencia del principio de oportunidad, cada una de ellas debe quedar consagrada de manera precisa e inequívoca, de forma tal que el juez de control de garantías pueda realmente determinar si en un caso concreto procede o no renunciar, suspender o interrumpir el ejercicio de la acción penal.

“Al respecto, es preciso tener en cuenta que si bien el principio de oportunidad constituye una excepción a aquel de legalidad, la Constitución autoriza al titular de la acción penal para disponer de ella cuando se cumplan determinados requisitos establecidos en la ley, es decir, se trata de la aplicación de un principio reglado que está sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías.

“En este orden de ideas, **cuando el legislador al momento de regular el principio de oportunidad, diseña las causales respectivas, debe hacerlo de manera tal que no resulten imprecisas o vagas**, a fin de no entregar a la Fiscalía una potestad extensa y no precisa, que desborde el marco de la excepcionalidad, e imposibilite de tal manera el ejercicio del control de legalidad.

⁶²⁷ Sentencia C-673 de 2005.

⁶²⁸ Ibidem.

“En efecto una norma que regule de manera imprecisa y vaga el ejercicio del principio de oportunidad, impide al juez de control de legalidad contar con los suficientes elementos de juicio para establecer si los hechos que sirven de base o de presupuestos para la aplicación de aquel se encuentran o no presentes en el caso concreto.

*“En efecto, en materia penal, dado que el principio de legalidad obliga a las autoridades estatales a investigar y sancionar cualquier delito que se cometa en su territorio, **la excepcional aplicación del principio de oportunidad, para renunciar, interrumpir o suspender el ejercicio de la acción penal dentro del marco de la política criminal del Estado, debe encontrarse perfectamente delimitada por el legislador, con el propósito de que el control judicial que se ejerza sobre la aplicación de aquél sea realmente efectivo. En otras palabras, frente a una causal de procedencia del principio de oportunidad, que haya sido establecida de manera equívoca y ambigua por el legislador, el juez de control de garantías no podrá adelantar su labor, desvirtuándose de esta forma uno de los pilares esenciales del Estado de Derecho, cual es la inexistencia de potestades discrecionales inmunes al control judicial.**”⁶²⁹ (Negritas fuera del original)*

A manera de resumen de lo dicho hasta ahora, se tiene que (i) en cuanto al tipo de circunstancias que rodean la comisión de un delito o su investigación o juzgamiento, el legislador tiene amplia facultad de configuración legislativa a la hora de diseñar las causales de aplicación del principio de oportunidad penal, siempre y cuando esas circunstancias respeten parámetros de razonabilidad frente al propósito de racionalizar la utilización del aparato estatal en la labor de persecución penal; (ii) no obstante, respecto de la naturaleza de los delitos frente a los cuáles puede operar el principio de oportunidad penal, por razones que tocan con la dignidad humana, el legislador encuentra un límite explícito en los compromisos internacionales de perseguir las más graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario; (iii) finalmente, el legislador se encuentra limitado por el carácter excepcional y reglado del principio de oportunidad penal diseñado por el constituyente, que le impone diseñar con claridad y precisión las causales en las cuales puede aplicarse.

Así pues, en cada caso concreto, la Corte debe verificar si el legislador ha excedido sus competencias, la momento de regular una determinada causal de procedencia del principio de oportunidad.

VIII. LAS AMBIGUEDADES NORMATIVAS PLANTEADAS POR LOS DEMANDANTES.

Los demandantes, al igual que diversos intervinientes, sostenían que, a lo largo de la causal de aplicación del principio de oportunidad, prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., existían diversas expresiones que resultaban ser particularmente ambiguas y confusas, lo cual configuraba una vulneración del artículo 250 Superior. Además, agregaban que la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, resultaba ser particularmente confusa, por cuanto no existe en el Código Penal un tipo que tenga tal denominación, y que de ser entendida como concierto para delinquir agravado (art. 340.2 del Código Penal) se trataría de un delito de *lesa humanidad*, frente al cual tampoco procedería una medida como lo es el principio de oportunidad.

⁶²⁹ Ibidem

De allí que, según el Despacho, la Corte debía analizar si se trataba realmente de unos conceptos jurídicos ambiguos, que no permitían ser delimitados, resultando imposible establecer sus respectivos ámbitos de aplicación material, personal y temporal de la citada norma.

Así pues, estimaba el Despacho que, en cuanto a los *beneficiarios* de la aplicación del principio de oportunidad, se tiene que se trata de desmovilizados de grupos armados al margen de la ley, es decir, individuos que han hecho parte de organizaciones cuyo accionar delictivo ha estado relacionado con el desarrollo del conflicto armado interno. Es decir, no podía tratarse de simples delincuentes comunes, por cuanto, de ser allí, no se trataría realmente de una norma procesal vinculada con los objetivos de la justicia transicional.

Aunado a lo anterior, a efectos de ser beneficiario de la aplicación del principio de oportunidad, el desmovilizado debía cumplir con ciertas condiciones cumulativas, a saber:

a. Haber manifestado, mediante actos inequívocos, su propósito de reintegrarse a la sociedad.

b. No haber sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y los beneficios de la Ley de Justicia y Paz.

c. Que no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de la ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

d. No haber cometido hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni tampoco conductas dolosas cuando la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

e. Deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en la causal 17 de aplicación del principio de oportunidad, so pena de perder el beneficio penal.

En cuanto a la expresión “*haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, el Despacho entendía que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que siempre deberá aplicarse de manera restrictiva y en pro de alcanzar los fines de la justicia transicional, es decir, que si bien el legislador no aclaraba en qué consisten tales actos, la Fiscalía y el respectivo juez de control de garantías, debían entenderlo, no sólo en el sentido de entrega de armas, material de guerra, intendencia y comunicaciones, sino además en el sentido de actos concretos, verificables y que apunten a brindar elementos de verdad al proceso de paz (vgr. suministro de información sobre la estructura y cadenas de mando del grupo armado ilegal, cómplices de sus actuaciones, etc). Tal comprensión de la expresión acusada, según el Despacho, era conforme con la Constitución y con los estándares internacionales sobre derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Por el contrario, no lo sería la simple manifestación de voluntad de desmovilizarse, acompañada de una breve e insuficiente descripción de la pertenencia a determinado aparato delictivo.

A su vez, la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, según los demandantes, resulta ser particularmente confusa, por cuanto no existe en el Código Penal un tipo que tenga tal denominación, y que de ser entendida como concierto para delinquir agravado (art. 340.2 del Código Penal) se trataría de un delito *de lesa humanidad*, frente al cual tampoco procedería una

medida como lo es el principio de oportunidad. Ante tales reproches, el Despacho proponía adelantar un doble análisis: ¿qué significa la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”? y, de llegar a considerarse que alude al delito de concierto para delinquir agravado (art. 340 del C.P.), ¿se estaría aplicando el principio de oportunidad a un crimen de lesa humanidad?.

IX. EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN: “PERTENENCIA A LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL”.

Los demandantes, los intervinientes, al igual que la Vista Fiscal, discrepaban en cuanto al sentido de la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”. Así, los primeros alegaban que no aludía realmente a un comportamiento delictivo concreto o, en gracia de discusión, correspondería al delito de concierto para delinquir agravado, tipificado en el artículo 340.2 del Código Penal, y por ende, se trataría de un crimen de lesa humanidad, apreciación que es compartida por diversos intervinientes.

A su vez, la Vista Fiscal consideraba que se trataba del delito de concierto para delinquir simple, tipificado en el artículo 340.1 del Código Penal el cual, para efectos de la ley, comprende además otros ilícitos tales como la utilización ilegal de uniformes e insignias, así como la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones. Por su parte, la Fiscalía tan sólo alude al delito de “*concierto para delinquir*”, sin precisar si se trata del simple o del agravado.

De igual manera, las opiniones respecto al carácter de crimen de lesa humanidad que tendría el delito de concierto para delinquir, se encontraban divididas. Así, mientras que los demandantes y algunos intervinientes consideran que ello es así, otros, amén del Ministerio Público, consideran que no.

El Despacho consideraba que, revisados la evolución que han conocido los desarrollos normativos y jurisprudenciales que han servido como fundamento para adelantar los diversos procesos de paz en Colombia, al igual que los antecedentes legislativos de la norma acusada, se trataba realmente del delito de concierto para delinquir agravado.

En efecto, recuérdese que el artículo 340 del Código Penal dispone lo siguiente:

ARTICULO 340. CONCIERTO PARA DELINQUIR. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 733 de 2002. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto modificado y con penas aumentadas es el siguiente:> Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

<Inciso modificado por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

Ahora bien, como se analizó, el Congreso de la República decidió reformar la Ley 906 de 2004, en punto a la regulación del principio de oportunidad, precisamente para que pudieran acceder a tal beneficio aquellos **desmovilizados rasos** que hubiesen cometido el delito de concierto para delinquir agravado.

Aunado a lo anterior, estimaba el Despacho que debía tomarse en cuenta que las numerosas investigaciones penales existentes por el accionar de los grupos armados ilegales, tanto en la justicia ordinaria como en la jurisdicción de justicia y paz, evidencian que quienes decidían conformarlos no se limitaban a alcanzar un acuerdo para perpetrar un número indeterminado de delitos, sino que su intención fue aquella de organizarse a efectos de perpetrar los crímenes señalados en el inciso segundo del artículo 340 del Código Penal.

En suma, según el Despacho, la expresión “*pertenencia a la organización criminal*”, no resultaba ser ambigua, por cuanto aludía al delito de concierto para delinquir agravado, comportamiento delictivo que, por voluntad del legislador, comprende o subsume los siguientes delitos: utilización ilegal de uniformes e insignias, así como el porte ilegal de armas y municiones.

X.¿ES EL CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO UN CRIMEN DE LESA HUMANIDAD?.

Para el Despacho resultó particularmente complejo determinar si el delito de derecho interno colombiano denominado “*concierto para delinquir agravado*” puede ser calificado en términos de crimen *de lesa humanidad*. Señálese, por el momento, que de llegar a ser así, sería indudable que el legislador habría vulnerado los límites constitucionales e internacionales de que dispone su margen de configuración normativa en materia de estructuración de causales de aplicación del principio de oportunidad. En efecto, suspender; interrumpir, y más aún, renunciar a la persecución penal de un crimen *de lesa humanidad*, configuraría un incumplimiento manifiesto y grave de los diversos instrumentos internacionales que obligan al Estado colombiano a investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario.

Téngase igualmente presente que el mismo párrafo tercero del numeral 17 del artículo 340 del C.P.P. dispone lo siguiente:

PARÁGRAFO 3o. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, **delitos de lesa humanidad**, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

De allí que, de entrada, si la “*pertenencia a la organización criminal*”, fuese, *per se*, un crimen de *lesa humanidad*, se presentaría una abierta antinomia o contradicción interna en el texto mismo del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. De hecho, la prohibición estipulada en el párrafo tercero tornaría inaplicable, en la práctica, la aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados. Tal lectura resultaría ser contraria al principio hermenéutico conocido como del efecto útil.

A efectos de determinar entonces si el concierto para delinquir agravado es un crimen de lesa humanidad, el Despacho propuso lo siguiente (i) hacer una aproximación al derecho comparado; (ii) analizar la evolución que ha conocido, en el derecho penal internacional, la categoría "*crimen de lesa humanidad*"; (iii) examinar los casos en los cuales, expresamente, se ha tipificado la asociación para delinquir en términos de delito de lesa humanidad; (iv) analizar el caso de la conspiración para cometer genocidio, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda; y (v) estudiar la regulación que trae el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en la materia.

XI. PRIMER ELEMENTO DE JUICIO: UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO: LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

El Despacho analizó que la Corte Suprema argentina ha considerado que la asociación para delinquir constituye, en algunos casos, un crimen *de lesa humanidad*.

Así, en el asunto *Arancibia Clavel*, fallado el 24 de agosto de 2004, se examinó el caso de un antiguo integrante de la Dirección de Inteligencia Nacional "DINA exterior", cuya actividad consistía en perseguir a opositores políticos al régimen del general Pinochet, exiliados en Argentina. Lo anterior incluía la comisión de secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormento, sustracción de sus documentos de identidad para reutilizarlos, etc.

Con base en los anteriores hechos, la Corte Suprema argentina estimó lo siguiente:

"13) Que en este sentido no podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros.

Así, por ejemplo lo estatuyen los arts. 2, y 3 inc. b de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la "asociación para cometer genocidio".

De igual forma, se ha dicho que "la desaparición forzada de personas constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los estados partes están obligados a respetar y garantizar", y ello sin perjuicio de la ley positiva del Estado que se trate, pues si bien no existía al tiempo de los hechos "ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad" (conf. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988 Serie C N° 4; luego reiterado en el caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5; y recientemente en el caso Blake, sentencia del 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, conf. Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas).

Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado, como ya se adelantara, la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la

evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. Esto obedece a "que la expresión desaparición forzada de personas no es más que un *nomen iuris* para la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos, a cuya protección se había comprometido internacionalmente el Estado argentino desde el comienzo mismo del desarrollo de esos derechos en la comunidad internacional una vez finalizada la guerra (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948)" (dictamen del señor Procurador General en la causa M.960.XXXVII "Massera, Emilio Eduardo s/ incidente de excarcelación", sentencia del 15 de abril de 2004).

Por otra parte el art. 7.1, inc. h, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, considera como crimen de lesa humanidad la "Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte...".

Finalmente, luego de definir los crímenes imprescriptibles, el art. II de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, dispone "Si se cometiere alguno de los crímenes mencionados en el artículo I, las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración".

14) Que del plexo normativo internacional transcrito se desprende que dentro de la clasificación de los crímenes contra la humanidad, también se incluye el formar parte de una organización destinada a cometerlos, con conocimiento de ello.

15) Que Arancibia Clavel fue condenado por el delito de asociación ilícita, toda vez que el tribunal de juicio dio por probado que el incuso formaba parte de un grupo destinado a perseguir reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos del régimen dictatorial instaurado en la República de Chile, a partir de septiembre de 1973 (DINA exterior), que operaba dentro del territorio nacional, y abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas, tormentos, falsificación de documentos, disposición de armas y explosivos, entre otros; asumiendo como función el encausado, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una "red de informantes" y "contactos" con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de lesa humanidad.

16) Que los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores

políticos "entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución", pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional.

17) Que en consecuencia el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad⁶³⁰.

Así las cosas, según la jurisprudencia penal argentina, la asociación para delinquir es un crimen de lesa humanidad por cuanto (i) resultaría contradictorio que tortura y la desaparición forzada de personas fuese consideradas en términos de crímenes de lesa humanidad, en tanto que la asociación para perpetrarlos no lo sea; (ii) los artículos 2 y 3 de la Convención para Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que incluye dentro de los actos castigados la "asociación para cometer genocidio"; (iii) la ratificación en el caso argentino, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, constituye sólo la reiteración convencional que ya era reprochable en el orden internacional; (iv) el artículo 7.1. del Estatuto de Roma de la CPI tipifica el crimen de persecución contra determinados grupos; y (v) la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, dispone que la misma se aplicará también en relación con aquellos que conspiran para perpetrar tales delitos.

XII. SEGUNDO ELEMENTO DE JUICIO: LA EVOLUCIÓN DE LA CATEGORÍA “CRIMEN DE LESA HUMANIDAD”, EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

El Despacho analizó que la categoría de crímenes *de lesa humanidad* surgió en los Acuerdos de Londres de 1945⁶³¹, los cuales dieron origen a la creación del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, adoptado el 6 de octubre de 1945, cuando se estableció que una instancia penal supranacional tendría competencia para juzgar tres categorías de crímenes internacionales: (i) contra la paz; (ii) de guerra; y (iii) *de lesa humanidad*⁶³². En cuanto a estos últimos, el Estatuto los definió de la siguiente manera:

⁶³⁰ Corte Suprema de Justicia argentina, asunto *Enrique Lautaro Arancibia Clavel*, sentencia del 24 de agosto de 2004, causa núm. 259.

⁶³¹ En cuanto a los antecedentes históricos de la noción de crimen *de lesa humanidad*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el asunto *Fiscal vs. Akayesu*, en sentencia proferida el 2 de septiembre de 1998 por la Sala de Primera Instancia, afirmó lo siguiente: "Los crímenes contra la humanidad están dirigidos contra la población civil cualquiera que sea y son sancionables bien sean que hayan sido cometidos en el curso de un conflicto armado de carácter internacional o interno. De hecho, el concepto de crímenes contra la humanidad fue reconocido antes del Nüremberg. El 28 de mayo de 1915, los Gobiernos de Francia, Reino Unido y Ruso adoptaron una declaración con ocasión de las masacres de armenios en Turquía, calificándolos como "crímenes de lesa humanidad perpetrados por los turcos, las potencias de la Entente declaran públicamente que se tendrán por responsables a los miembros de dicho gobierno, así como a todos que hubiesen participado en esas masacres". El informe de la comisión encargada de establecer la responsabilidad de los autores de la guerra y de la ejecución de las penas proferidas, establecida en 1919 por los representantes de diversos Estados y presentado a la Conferencia de Paz de París menciona igualmente las "infracciones... a las leyes de la humanidad".

⁶³² Ver al respecto, A.A.V.V., *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*. New York: Transnational Publishers, 2001; Bassiouni, Ch., *Crimes against humanity in International Criminal Law*. Oxford: Transnational Publishers, 1999; Capella i Roig, M., *La tipificación internacional de los crímenes de lesa humanidad*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005; Cassese, A., *International Criminal Law*. Oxford: University Press, 2003, p. 67; Lirola, I. y Martín, M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*. Barcelona: Ariel. 2001; Mettraux, G., *International crimes and the ad hoc Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2005; Olásolo, H., *Corte Penal Internacional. ¿Dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003 y Werle, G. *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

“II. Competencias y principios generales.

Artículo 6

El Tribunal establecido en el artículo 1 del presente, tendrá competencia para enjuiciar y condenar a los principales criminales de guerra del Eje Europeo, estando facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad penal:

(...)

“c) **Crímenes contra la humanidad:** a saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.

Aquellos que **lideren, organicen, inciten** a la formulación de un **plan común o conspiración** para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, **serán responsables de todos los actos realizados por las personas que ejecuten dicho plan**” (negritas y subrayados agregados).

Como se puede advertir, desde ya, el Estatuto del Tribunal diferencia entre los comportamientos que serían calificados en términos de crímenes contra la humanidad, de las formas de autoría y participación en los mismos (liderar, organizar, incitar, etc). Además, nótese que se alude a los “*actos realizados*”, a la ejecución de un plan, y no sólo al acuerdo para cometer tales crímenes, que sería la esencia de aquello que en Colombia se denomina concierto para delinquir.

De manera muy semejante, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio, fechado 19 de enero de 1946, definió los crímenes de lesa humanidad en los siguientes términos:

“Artículo 5. **Crímenes de lesa humanidad:** es decir muerte, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos o raciales en ejecución o en conexión con cualquier otro crimen bajo la jurisdicción del Tribunal, en violación o no del derecho interno del país donde se perpetraron”

Así mismo, la Ley núm. 10 del Consejo de Control Aliado, promulgada el 20 de diciembre de 1945, aplicable en los jueces de los criminales nazis que no fueron sometidos al Tribunal Penal Internacional de Núremberg, precisó que los crímenes de lesa humanidad se cometían en las siguientes circunstancias:

“c) **Crímenes de lesa humanidad.** Atrocidades y delitos, incluidos pero si carácter limitativo, la muerte, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos en violación o no del derecho interno del país donde se cometan”

Posteriormente, los distintos textos internacionales que tipifican los crímenes *de lesa humanidad* traen, de igual manera, una regulación sobre las formas de intervención penal en los mismos, sin que se confundan tipos penales con formas de participación en los mismos. Veamos las diferencias en el siguiente cuadro:

Criterio diferenciador	Acuerdos de Londres	Estatuto del TPIY	Estatuto de la CPI.
Categorías de delitos investigados	<p>Crímenes contra la paz.</p> <p>Crímenes de guerra</p> <p>Crímenes de lesa humanidad.</p>	<p>Infracciones graves a los Convenios de Ginebra de 1949.</p> <p>Violaciones de las leyes o de la guerra.</p> <p>Genocidio</p> <p>Crímenes contra la humanidad</p>	<p>Agresión</p> <p>Genocidio</p> <p>Crímenes de lesa humanidad</p> <p>Crímenes de guerra.</p>
Listado de crímenes contra la humanidad	<p>Atrocidades y delitos cometidos los cuales comprenden, sin que la lista sea exhaustiva, el asesinato, el exterminio, la servidumbre, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación o cualquier otro acto inhumano cometido contra la población civil, y las persecuciones por motivos de orden político, racial o religioso, que dichos crímenes hayan constituido o no violaciones de la ley nacional del país donde fueron perpetradas</p>	<p>a) Asesinato;</p> <p>b) Exterminación;</p> <p>c) Reducción a la servidumbre;</p> <p>d) Expulsión;</p> <p>e) Encarcelamiento;</p> <p>f) Tortura;</p> <p>g) Violaciones;</p> <p>h) Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;</p> <p>i) Otros actos inhumanos.</p>	<p>a) Asesinato;</p> <p>b) Exterminio;</p> <p>c) Esclavitud;</p> <p>d) Deportación o traslado forzoso de población;</p> <p>e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;</p> <p>f) Tortura;</p> <p>g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;</p>

			<p>h) Persecución</p> <p>i) Desaparición forzada de personas;</p> <p>j) El crimen de apartheid;</p> <p>k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.</p>
Formas de intervención criminal.	Modelo unitario de autor	<p>Art. 7.1 del Estatuto:</p> <p>Autoría material (<i>committed</i>);</p> <p>Complicidad (<i>aided and abetted</i>);</p> <p>Empresa criminal conjunta (<i>join criminal enterprise</i>)</p> <p>Art. 7.3. del Estatuto:</p> <p>Responsabilidad de los superiores por omisión.</p>	<p>Art. 25 del Estatuto:</p> <p>(i) Autoría material.</p> <p>(ii) Coautoría</p> <p>(iii) Autoría mediata.</p> <p>(iv) Determinadores</p> <p>(v) Complicidad.</p> <p>Art. 28 del Estatuto: responsabilidad de los superiores por omisión.</p>

Así pues, encontré el Despacho que en los diversos y principales instrumentos que conforman el derecho penal internacional, el delito de concierto para delinquir agravado no es considerado un crimen *de lesa humanidad*, ni tampoco se le puede confundir con las diversas formas de intervención penal estipulado en los mismos.

XIII. TERCER ELEMENTO DE JUICIO: EL CASO ESPECÍFICO DE LA ASOCIACIÓN PARA COMETER EL CRIMEN DE GENOCIDIO.

Examinó igualmente el Despacho el caso específico de la asociación para cometer genocidio, encontrando lo siguiente.

La Convención contra el genocidio tipifica, como delito autónomo, la simple asociación para perpetrar tal crimen, en los siguientes términos:

“Artículo II

En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo III

Serán castigados los actos siguientes:

- a) El genocidio;
- b) **La asociación para cometer genocidio;**
- c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;
- d) La tentativa de genocidio;
- e) La complicidad en el genocidio.

Como se puede observar, el tratado internacional diferencia entre, de una parte, las conductas que constituyen actos genocidas, de la asociación (*conspiracy*) para perpetrarlo.

Al respecto A. Cassese, en su obra “*International Criminal Law*”, explica en qué consiste el delito de “*conspiracy*” y su relación con el derecho penal internacional, en los siguientes términos:

“Asociación para cometer genocidio.

Resulta un lugar común sostener que “*conspiracy*” es una forma criminal sancionable en los sistemas de *common law*, pero menos conocida, o aceptada de manera muy limitada, en los países del *civil law*. La “*conspiracy*” es una grave ofensa, consistente en el acuerdo entre dos o más personas para cometer un crimen. Aquello es sancionable, incluso si el delito jamás es cometido. Adicionalmente, si el crimen es ejecutado, los perpetradores serán responsables tanto por “*conspiracy*” como por los delitos sustantivos cometidos. El elemento del *mens rea* de la “*conspiracy*”, demanda que cada uno de los partícipes (i) tenga conocimiento de los hechos o de las circunstancias preparatorias del crimen que el grupo pretende cometer; (ii) la intención de llevar a cabo la “*conspiracy*”, y por esa vía, cometer delitos sustantivos”.⁶³³

Ahora bien, en cuanto a los textos internacionales en los cuales figura la “*conspiracy*”, en tanto que forma de participación en crímenes internacionales, el citado autor sostiene lo siguiente:

“Las únicas reglas internacionales sobre la “*conspiracy*” se encuentran en los Acuerdos de Londres de 1945. En el artículo 6 se sanciona a aquellas personas que “participaron en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquier crimen contra la paz, y adicionalmente “lideraron, organizaron, instigaron o participaron en la formulación y ejecución de un plan común o fueron parte de una conspiración para perpetrar los siguientes delitos (crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad)” y que deben responder por todos los actos cometidos por tales personas, en ejecución del plan”⁶³⁴.

Así mismo, Cassese sostiene que el único caso en el cual la asociación o conspiración es considerada, *per se*, un delito, es el caso del genocidio:

“Otra disposición internacional la constituye el artículo 3 (b) de la Convención de 1948 sobre el genocidio, la cual, en los casos y por las motivaciones que se explicarán, convierten en sancionable “la asociación para perpetrar genocidio”⁶³⁵.

En el mismo sentido, Werle explica lo siguiente:

⁶³³ Cassese, A., *Internacional Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 196. El texto original en inglés es el siguiente: “9.10. CONSPIRACY TO COMMIT GENOCIDE. It is common knowledge that conspiracy is a form of criminality punished common law systems but either unknown to, or accepted to a very limited extent by, civil law countries. Conspiracy is a ground offence, consisting of the agreement of two or more persons to commit a crime. It is punished even if the crime is never perpetrated. In addition, if the crime is carried out, the perpetrators are held liable both for conspiracy and for the substantive crime they commit. The mens rea element of conspiracy required for each and every participant is twofold: (i) knowledge of the facts or circumstances making up the crime the group intend to commit; (ii) intent to carry out the conspiracy and thereby perpetrate the substantive offence”.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 197. El texto original en inglés es el siguiente “The only international rules on conspiracy can be found in the London Agreement of 1945. In Article 6 it made punishable persons “participating in a common plan or conspiracy for the accomplishment” of any crime against peace and in addition made “leaders, organizers, instigators or accomplices participating in the formulation or execution of a common plan or conspiracy to commit any of the foregoing crimes [that is, crimes against peace, war crimes, and crimes against humanity] responsible for all acts performed by any persons, in execution of such plan”.

⁶³⁵ *Ibidem*. El texto original en inglés es el siguiente: “Another international provision on the matter is Article 3 (b) of the 1948 Genocide Convention, which, on the grounds and motivations set out above, makes “conspiracy to commit genocide” punishable”.

“Conspiración (*conspiracy*)

El más amplio adelantamiento de la punibilidad lo representa la conspiración (*conspiracy*). En este concepto se abarcan las formas de participación en el estadio de preparación que resultan peligrosas por la relación conspirativa de varias personas. La comisión del hecho principal no constituye un presupuesto de punibilidad. La conspiración se sitúa, desde un punto de vista dogmático, entre la teoría de la participación y las acciones preparatorias punibles; normalmente se comprende como un crimen autónomo.

La Convención contra el genocidio, así como el Estatuto del TPIY y el Estatuto del TPIR castigan expresamente la conspiración para cometer genocidio. Esta regulación se corresponde con el derecho internacional consuetudinario. A la luz de las decisiones del Tribunal Militar Internacional también existen buenos argumentos para suponer la punibilidad, conforme al derecho internacional consuetudinario, de la conspiración para cometer un crimen de agresión, cuyos presupuestos fueron precisados por el Tribunal Militar Internacional. **Por el contrario, la punibilidad de la conspiración para cometer un crimen de guerra o un crimen contra la humanidad no encuentra ninguna base en derecho internacional consuetudinario.** En opinión del Tribunal Militar Internacional, repetidamente confirmada por la jurisprudencia de los procesos sucesivos al Juicio de Núremberg seguidos ante tribunales militares estadounidenses que se basaron en la Ley No. 10 del Consejo de Control Aliado, **el Estatuto del Tribunal Militar Internacional no amplió la punibilidad a la conspiración para cometer un crimen de guerra o crímenes contra la humanidad**⁶³⁶. (negrillas y subrayados agregados).

XIV. CUARTO ELEMENTO DE JUICIO: LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA EN RELACIÓN CON CASO ESPECÍFICO DE LA ASOCIACIÓN PARA COMETER GENOCIDIO, EN TANTO QUE DELITO AUTÓNOMO.

Encontró igualmente el Despacho que la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, se encuentran igualmente algunas consideraciones importantes en relación con la asociación para cometer delitos, desde perspectiva del derecho penal internacional. Así, el asunto *Fiscal vs. Musema*⁶³⁷, fallado el 27 de enero de 2000 por la Sala de Primera Instancia del TPIR, resulta ser bastante ilustrativo. Veamos.

Inicia la Sala por examinar las razones por las cuales los Estados decidieron, en 1948, incluir la figura de la asociación para cometer genocidio:

“La Sala advierte que la infracción de asociación en vista de cometer genocidio, que figura en el Estatuto, es retomada de la Convención contra el genocidio. Resulta de los trabajos preparatorios del tratado, que la intención que precedió la inclusión de tal infracción fue, teniendo en cuenta la gravedad del crimen, sancionar un acuerdo en vista de cometer un genocidio, incluso si ningún acto preparatorio había tenido lugar. En efecto, durante los trabajos que precedieron a la adopción de la Convención, el Secretario observó que, con el fin de adecuarse a la resolución 96 I) de la Asamblea general, la Convención debía tener en cuenta los imperativos de prevención del crimen de genocidio:

⁶³⁶ Cfr. Werle, G, *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 277 y 278.

⁶³⁷ ICTR-96-13-A. Asunto *Fiscal vs. Musema*. Sentencia proferida el 27 de enero de 2000, por la Sala de Primera Instancia del TPIR.

“Esta prevención podría exigir tener como punibles, ciertos actos que, en sí mismos, no constituyen genocidio, por ejemplo, algunos actos materiales preparatorios del genocidio, un acuerdo o una asociación en vista de cometerlo, o una propaganda sistemática incitando al odio, y, por esa vía, capaz de conducir al genocidio.

(...)

“La Sala constata que los sistemas jurídicos de tradición anglosajona tienden a considerar a la asociación (“*entente*”, en francés o “*conspiracy*” en inglés), como una forma particular de participación criminal, punible como tal. En los sistemas de tradición romano-continental, la asociación o el complot exceptúan el principio según el cual la simple resolución criminal y los actos preparatorios son generalmente considerados como no punibles. En estos últimos sistemas, el complot no es sancionable sino cuando apunta a la comisión de crímenes considerados particularmente graves, tales como el ataque contra la seguridad del Estado.

Tratándose de los elementos constitutivos de la infracción de asociación en vista de cometer genocidio, la Sala señala que, según los trabajos preparatorios de la Convención contra el genocidio, la noción de asociación se inspiró en la definición anglosajona del crimen de *conspiracy*. En su informe, el Comité Especial del genocidio, precisa que la asociación (entente o conspiracy), es un delito en derecho angloamericano. Esta precisión refleja las observaciones hechas durante los debates del Comité relativos a la noción de asociación (*conspiracy*). Así, el representante francés observó que se trataba de una noción que no tenía equivalente en su país. El representante de los Estados Unidos, hablando en tanto que Presidente del Comité, explicó que “*conspiracy*” en derecho anglosajón es un delito constituido por el hecho de que dos o más individuos se conciertan para cometer un delito. El representante de Venezuela señaló que la palabra “conspiración”, en español, significa un complot contra el gobierno, y que el término inglés “*conspiracy*”, quiere decir en español una asociación con el propósito de cometer un crimen. El representante polaco observó que, en derecho anglosajón, la palabra “*complicity*” no recubre más que las dos nociones de “*aiding and abetting*” (complicidad y provocación) y que, en consecuencia, lo que se conoce como “*conspiracy*”, no es más que un caso de complicidad. Incluso recordó que el proyecto del Secretario preveía, bajo rúbricas separadas, por una parte, la complicidad y, por la otra, la asociación o toda otra forma de ésta (“*conspiracy*”). Luego de los debates de la Sexta Comisión, el señor Maktos (Estados Unidos) señaló que la palabra “conspiracy” tenía un sentido muy preciso en la ley anglosajona: significa que dos o más personas se ponen de acuerdo para cometer un acto ilegal.

(...)

La Comisión de las Naciones Unidas sobre los crímenes de guerra definió el concepto de “asociación”, como sigue:

“La asociación es una noción según la cual el hecho de conspirar, o de participar una asociación que apunta a la realización de un objetivo ilícito o un objetivo lícito mediante medios ilícitos, constituye una infracción penal”.

A renglón seguido, la Sala profundizó en las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de tradición anglosajona y aquellos románico-continetales, en punto al examen del fenómeno de la asociación para delinquir. En palabras de los jueces internacionales:

“El derecho en los sistemas de tradición romano-continental distingue generalmente entre dos clases de *actus reus*, calificando dos “*niveles*” de complot o de asociación. Siguiendo un nivel de gravedad progresivo, el primer nivel se refiere al complot simple y el segundo al complot seguido por actos materiales. El complot simple generalmente es definido como la resolución para actuar concertadamente entre dos o varias personas, mientras que el complot seguido de actos materiales es una forma agravada de asociación, donde la resolución de consuno es seguida por la comisión de actos materiales. Las dos formas de complot exigen la reunión de tres elementos comunes: 1) la resolución de actuar; 2) el concierto de voluntades; y 3) el objetivo común de cometer la infracción principal.

En los sistemas de tradición anglosajona, la infracción de asociación generalmente se constituye cuando dos o más personas han llegado a un acuerdo en vista de un designio común, este último siendo ilegal.

La Sala señala que los elementos constitutivos de la infracción de asociación, así definida en los dos sistemas jurídicos, son próximas. Sobre la base de esos elementos, la Sala define la asociación de cometer genocidio, como una resolución de actuar en la cual, al menos, dos personas acuerdan cometer un genocidio.

(...)

De esa definición resulta que, tratándose del crimen de asociación en vista de cometer genocidio, se trata del acto de asociarse *per se*; en otras palabras, el proceder a asociarse es lo que se sanciona, mas no el resultado. La Sala señala al respecto que, tanto en los sistemas de inspiración romano-continental, así como en aquellos de tradición anglosajona, que el crimen de asociación es considerado como un crimen formal o “inchoate”, para el cual sólo cuenta el acto criminal como tal, mas no el resultado de aquél”.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala concluye lo siguiente:

“La Sala considera que el crimen de asociación de cometer genocidio es sancionable, incluso si no ha seguido de efecto, es decir, aún en el caso en que la infracción principal, en el caso concreto el genocidio, no haya sido realizado”.

Así las cosas, para el caso específico de la asociación para cometer genocidio, la jurisprudencia penal internacional ha estimado que es posible que se cometa tal crimen por el simple hecho de concertarse para la comisión de aquél, sin que se requiera que, en la práctica, un genocidio sea perpetrado. A renglón seguido, la Sala se pregunta si un acusado puede ser sancionado, a la vez, por la comisión de un genocidio y de la asociación para ello. Para ello, la Sala examina las diferencias existentes entre los sistemas anglosajones y continental europeos:

“En los sistemas de tradición romano-continental, si la asociación o el complot se alcanzan y la infracción principal es consumada, el acusado es tenido por responsable de haber cometido la infracción principal y sólo ésta, con exclusión del complot. Para esos sistemas, si la conducta criminal del acusado es establecida en relación con la infracción principal, no existe entonces razón para estimarlo como responsable por la simple resolución criminal o los actos preparatorios que ha cometido en vista de la comisión de aquélla. De allí que un

acusado no puede ser hallado culpable de asociación, más que si la infracción principal ha sido perpetrada, o incluso, si el acusado era parte de una asociación que fue materializada por otros, sin su participación principal.

En los sistemas de tradición anglosajona, un acusado puede, en principio, ser hallado culpable, a la vez, de asociación y de la infracción principal, en particular, cuando el objeto de la asociación se extiende más allá de las infracciones efectivamente cometidas. Sin embargo, numerosas críticas han sido formuladas contra esa práctica. Así, por ejemplo, Don Stuart escribe:

“No se trata tanto de saber, si los mismos elementos de prueba pueden ser utilizados dos veces para arribar a múltiples condenas, sino de determinar si, por su misma naturaleza, se llegaría a ver en la asociación una infracción formal, reprimida a título preventivo, accesoria a la infracción principal y desprovista de toda razón de ser propia que le permita existir, como tal, al margen de la infracción principal. Siguiendo tal opinión, una vez la infracción principal se encuentra consumada, nada justifica, a partir de entonces, la represión del crimen perpetrado”.

Luego de analizar el tema de la asociación para delinquir en los sistemas anglosajón y continental europeo, el TPIY decidió acoger la siguiente interpretación:

“La Sala considera que conviene acoger, en el caso concreto, **la posición más favorable al acusado, en los términos de la cual, un procesado no puede ser encontrado culpable, a la vez, de genocidio y de asociación para cometerlo.** Esta postura corresponde, según la Sala, a aquella que se llegó luego de la adopción de la Convención contra el genocidio, cuando se decidió acoger el crimen de asociación en vista de cometer genocidio. Los trabajos preparatorios indican que el crimen de asociación para reprimir ciertos actos, por sí mismos, no caracterizan el genocidio. La consecuencia, a contrario, es que no resultaría útil encontrar a un acusado de un crimen de asociación para cometer genocidio, si es hallado culpable por el crimen de genocidio por los mismos hechos.” (negritas y subrayados agregados).

En este orden de ideas, la jurisprudencia penal internacional nos muestra que, en relación específicamente con la asociación para cometer el delito de genocidio, una persona no puede ser sancionada, a la vez, por la comisión de ese crimen y por genocidio. En otras palabras, no se admite sancionar a un procesado por haberse concertado para perpetrar un crimen internacional, y luego, por la comisión del mismo. Con todo, se precisa, que los jueces penales internacionales admiten que un individuo pueda ser sancionado por haberse concertado con otros para realizar un genocidio, así este último no se haya materializado.

XV. QUINTO ELEMENTO DE JUICIO: EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

Encontró igualmente el Despacho que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional acoge la figura de la *conspiracy*, como una forma de autoría en crímenes de su competencia, mas no como un crimen de lesa humanidad autónomo. En efecto, el artículo 25 del mencionado instrumento internacional dispone lo siguiente:

“Artículo 25

Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un **grupo de personas que tengan una finalidad común**. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) **Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo**, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Al respecto, Shabas explica lo siguiente:

“La cuestión acerca de la conspiración ha irritado al derecho penal internacional desde Nuremberg. En el *common law*, una conspiración se comete cuando dos o más personas están de acuerdo en cometer un delito, con independencia de que el crimen en sí mismo se cometa, mientras que en los sistemas continentales el delito de conspiración se ve por lo general como una forma de complicidad o participación en un crimen consumado o tentado. **La conspiración está incluida en el Estatuto de Roma en el artículo 25.3 d). El texto pone en claro que ésta no es el delito de conspiración como se contempla en el *common law*, sino antes bien una forma de complicidad, lo que contribuye en medida considerable a la redundancia del artículo.** El término “conspiración” no es siquiera utilizado y textos propuestos a estos efectos se omitieron intencionalmente de la versión final. En apariencia el texto está extraído de la recientemente adoptada Convención Internacional para la Supresión de los Atentados Terroristas. Una consecuencia desafortunada y acaso no intencionada es que el Estatuto de Roma no refleja la totalidad de las disposiciones de la Convención contra el Genocidio que, en el artículo III B define “conspiración” como un acto de genocidio. La historia del proyecto de la Convención contra el Genocidio indica el intento por cubrir la noción de conspiración del *common law*, esto es, un delito consumado”.⁶³⁸ (negritas y subrayados agregados).

Como se puede observar, el autor explica que, la conspiración es una forma de participar en un crimen de competencia de la CPI, y que además, (i) no se acogió el modelo del *common law*, en donde aquella es considerada un delito autónomo, sino que “antes bien una forma de complicidad, lo que contribuye en medida considerable a la redundancia del artículo”; (ii) se trata de una fórmula tomada de la Convención Internacional para la Supresión de los Atentados Terroristas, es decir, de un tratado internacional que no guarda relación alguna con el derecho internacional de los derechos humanos ni con el derecho internacional humanitario; y (iii) que esta fórmula se diferencia de aquella acogida en la Convención contra el genocidio.

Así pues, el Estatuto de Roma de la CPI, en su artículo 25 estipula la figura de la *conspiracy*, como una más de las posibles formas de autoría y participación en la comisión de crímenes de su competencia (agresión, genocidio, crímenes *de lesa humanidad* y de guerra). En efecto, el mencionado tratado internacional, inspirado en el “proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad” (Draft Code, 1996)⁶³⁹, estipula un amplio y variado espectro de formas de intervenciones criminales internacionales. Así, en materia de autoría, el Estatuto prevé las formas de (i) autoría material (“*whether as an individual*”); (ii) coautoría (“*jointly with another*”); y (iii) autoría mediata (“*through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible*”); así mismo, en relación con los partícipes, se alude a (i) determinadores (“*orders, solicits or induces the comisión of such a crime which in fact occurs or is attempted*”); (ii) cómplices (“*for the purpose of facilitating the comisión of such crime, aids, abets or otherwise assists in its comisión or its attempted comisión, including providing the means for its comisión*”); y (iii) *conspiracy* (“*contributes to the comisión or attempted comisión of such crime by a group of persons acting with a common purpose*”).

Por el contrario, el Estatuto de Roma de la CPI no trae, a diferencia de la Convención contra el genocidio de 1948, la *conspiracy*, como un crimen de lesa humanidad autónomo. Al respecto, basta con transcribir el texto del artículo 7 del citado tratado internacional:

⁶³⁸ Shabas, W, “Principios generales del derecho penal”. En: *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 291.

⁶³⁹ U.N.A/51/10, *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, International Law Commission, 1996.

“Artículo 7

Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a) Asesinato;

b) Exterminio;

c) Esclavitud;

d) Deportación o traslado forzoso de población;

e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;

f) Tortura;

g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;

h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

i) Desaparición forzada de personas;

j) El crimen de apartheid;

k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

a) Por "ataque contra una población civil" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;

b) El "exterminio" comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por "esclavitud" se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por "deportación o traslado forzoso de población" se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por "embarazo forzado" se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por "persecución" se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por "el crimen de apartheid" se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por "desaparición forzada de personas" se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término "género" se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término "género" no tendrá más acepción que la que antecede".

En conclusión: en el estado actual del (i) derecho internacional de los derechos humanos; (ii) el derecho internacional humanitario; y (iii) el derecho penal internacional, la asociación para delinquir (*conspiracy*), no es un crimen de lesa humanidad autónomo, sino una forma de participar en la comisión del mismo. La única excepción existente es el caso de la asociación para cometer genocidio. De tal suerte que, se estimó que la jurisprudencia penal argentina no resultaba aplicable para la resolución del caso concreto.

XVI. LOS DERECHO DE LAS VÍCTIMAS.

Analizó igualmente el Despacho el tema de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Veamos.

Los demandantes consideraban que la aplicación de la causal de procedencia del principio de oportunidad, prevista en el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., conducía, en la práctica, a desconocer los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, por cuanto su procedencia no está sometida o condicionada a que el desmovilizado diga la verdad e indemnice a sus víctimas.

Mientras que algunos intervinientes consideraban que le asistía la razón a los demandantes, otros sostenían que, tomando en consideración la naturaleza jurídica del concierto para delinquir agravado, en tanto que simple acuerdo para ejecutar determinados crímenes sin que pueda confundirse con la realización material de los mismos, no existen pueden existir, técnicamente, víctimas de tal delito.

Al respecto, el Despacho iniciaba por traer a colación sus consideraciones, vertidas en sentencia C- 241 de 1997, adoptada con ocasión de una demanda ciudadana contra el artículo 44 de la Ley 30 de 1986, "*Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones*":

*"El concierto para delinquir en términos generales se define como la celebración, por parte de dos o más personas de un convenio, de un pacto, cuya finalidad trasciende el mero acuerdo para la comisión de un determinado delito⁶⁴⁰, se trata de la organización de dichas personas en una *societas sceleris*, con el objeto de asumir con proyección hacia el futuro la actividad delictiva como su negocio, como su empresa⁶⁴¹, la cual, valga aclararlo, dado su objeto ilícito se aparta de los postulados del artículo 333 de la Carta Política que la reivindica y protege; lo anterior significa que no existe acuerdo previo entre sus miembros sobre los delitos específicos que cometerán, como tampoco sobre el momento, el lugar o las personas o bienes que se afectarán, si sobre lo que será su actividad principal: delinquir.*

"El complot, o acuerdo de varias personas para llevar a cabo determinada actividad criminoso de la cual resulten cometidos varios delitos, no constituye asociación para delinquir, pues no todo concurso de tres o más personas en la realización de dos o más delitos implica la ocurrencia de aquella infracción, pues la asociación para delinquir requiere, cabe repetirlo, que el acuerdo se refiera a delitos indeterminados, no solamente en la especie, sino en el tiempo, en el modo, en el lugar y en las personas o bienes cuyo daño se busca, lo cual conlleva que el convenio no tenga un carácter momentáneo, sino que debe estar determinado por un móvil de permanencia."⁶⁴²

⁶⁴⁰ En ese caso lo que se configuraría sería el fenómeno de la coparticipación.

⁶⁴¹ "Concierto viene del verbo activo concertar, y este del latín concertare, o sea, celebrar pactos, arreglos, ajustes...ordenamientos para una empresa." Pérez Luis Carlos, Derecho Penal Partes General y Especial, Edit. Temis, 1984

⁶⁴² Pérez Luis Carlos, Derecho Penal Partes General y Especial, Edit. Temis, Bogotá, 1984

Es decir, que la organización delictiva se establece con ánimo de permanencia, que el pacto o acuerdo que celebran sus integrantes es para desarrollar actividades contrarias a la ley, previa distribución entre sus miembros de acciones y responsabilidades que se complementan para alcanzar un fin:

*"...no hay que confundir el acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito con la *societas sceleris* que supone una verdadera organización, es decir un encuentro de voluntades para la realización de un programa delictuoso de carácter permanente y acompañado de la disposición previa de los medios, de la distribución de tareas entre los asociados y de un fin común." ⁶⁴³*

Este tipo de organizaciones al margen y contra la sociedad, cuyo objeto específico es transgredir el ordenamiento jurídico, obviamente constituyen un peligro para la tranquilidad colectiva y atentan contra la seguridad pública, que son precisamente los bienes jurídicos que se pretenden proteger con su represión y castigo.

*Así, se puede concluir que el concierto para delinquir **exige entonces tres elementos constitutivos esenciales**: el primero la existencia de una **organización** que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; **el segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo**; y el **tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública**.(negritas y subrayados agregados).*

*Se trata pues de un delito que se consuma con el solo acuerdo de voluntades de quienes conforman la organización, en el cual sus partícipes son castigados "por el solo hecho de participar en la asociación"; de un delito autónomo que como tal **no requiere de la realización previa, paralela o posterior de otras conductas que tipifiquen otros delitos para que se entienda materializado**, lo que se explica en la medida en que se entiende que el peligro para la colectividad surge desde el mismo instante en que se conforma la organización delictiva, desde el momento en que hay concierto entre sus miembros para transgredir su ordenamiento, luego su represión por parte del Estado deberá, en lo posible, anticiparse a la comisión de otros delitos. .(negritas y subrayados agregados).*

La asociación para delinquir es un delito autónomo que existe por sí mismo cuando se presentan sus elementos constitutivos esenciales, con independencia de los delitos que se cometan por su causa, luego es equivocado suponer, como lo hace el actor, que la imposición de una pena por la comisión de un determinado delito (el robo de un banco por ejemplo), que se ejecutó en desarrollo de las actividades de una organización cuyo objetivo común es violar sistemáticamente el ordenamiento jurídico, (banda de asaltadores de entidades financieras), agota la capacidad del Estado para castigar esa intención "formalizada" de transgredir la ley, pues no se trata de una misma conducta, son dos actuaciones distintas y plenamente identificables, que no requieren para configurarse la una de la otra y que atentan contra bienes jurídicos diferentes.

Con base en los anteriores extractos jurisprudenciales, según los cuales el concierto para delinquir se comete por el mero acuerdo de voluntades de los integrantes de una asociación ilícita, y "no requiere de la realización previa, paralela o posterior de otras conductas que tipifiquen otros

⁶⁴³ Maggiore Giuseppe, Derecho Penal Parte Especial, Edit. Temis, Bogotá 1989

delitos para que se entienda materializado”, se podría afirmar válidamente que no existen víctimas, hasta tanto el plan de la organización no sea ejecutado.

La anterior interpretación, según el Despacho, conduciría, en la práctica, a que efectivamente el principio de oportunidad le fuera aplicado a los desmovilizados, sin previa citación de víctimas, lo cual, según el suscrito resulta inaceptable, por las siguientes razones.

Resulta evidente que las organizaciones armadas al margen de la ley han perpetrado en Colombia, a lo largo de los años, numerosos crímenes de guerra, de *lesa humanidad* y genocidios. En consecuencia, las audiencias de aplicación del principio de oportunidad, sean individuales o colectivas, debían realizarse previa citación a las víctimas indeterminadas de los desmovilizados, a semejanza de lo sucedido en el ámbito de justicia y paz.

En efecto, la simple declaración juramentada del desmovilizado, en el sentido de “*no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal*”, resultaba ser a todas luces insuficiente, en términos de los estándares internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado colombiano. De igual manera lo es el párrafo tercero, por cuanto si bien dispone que “*No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.*”, tal previsión resulta inane de no mediar la previa citación a las víctimas indeterminadas de los desmovilizados que pretenden ser cobijados con el principio de oportunidad.

Ahora bien, en cuanto a la ausencia de una regulación de la reparación integral en la disposición acusada, la Corte considera que, dado que la norma apunta a cobijar tan sólo a los desmovilizados rasos, es decir, quienes por ser simples integrantes de la organización delictiva no suelen contar con recursos económicos para indemnizar a sus víctimas, el Estado debe brindarles a éstas las necesarias herramientas jurídicas para ser reparadas.

Así las cosas, estimaba el Despacho que, identificándose parcialmente con el concepto rendido por la Vista Fiscal, resultaba adecuado declarar exequible, por los cargos analizados, la causal número 17 de aplicación del principio de oportunidad, bajo las siguientes condiciones:

- (i) para preservar los derechos de las posibles víctimas, en la reglamentación que para la aplicación del principio de oportunidad expida el Fiscal General de la Nación, se debe contemplar la publicación en un periódico y una emisora de cobertura nacional, y en la página web de la Fiscalía General de la Nación, de la información sobre la identidad plena, valga decir, visual, nominal y de alias, de cada uno de los desmovilizados que serán sometidos al procedimiento de aplicación del principio de oportunidad y de las fechas programadas para ese procedimiento.
- (ii) La expresión “*haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, se entienda de manera restrictiva y en pro de alcanzar los fines de la justicia transicional.

Como puede advertirse, en ningún momento se planteó desconocer los derechos de las víctimas a conocer la verdad de lo sucedido. Todo lo contrario. Se plantó un condicionamiento que, impediría que bastara con una simple declaración juramentada para acogerse al principio de oportunidad. De hecho, la aplicación del condicionamiento seguramente hubiera conducido a que, en la práctica, el desmovilizado terminara siendo investigado y sentenciado por la comisión de crímenes internacionales y no beneficiado con el principio de oportunidad. En otras palabras, en el supuesto

en el que el desmovilizado hubiese perpetrado crímenes de lesa humanidad, de guerra o genocidio, la citación previa de las víctimas impedía, en la práctica, aplicarle el principio de oportunidad.

XVII. EL EXAMEN ACERCA DEL PARÁGRAFO 3 DEL NUMERAL 17 DEL ARTÍCULO 324 DEL C.P.P.

En relación con el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, los ciudadanos alegaban un cargo por *“omisión legislativa relativa”*, por cuanto, a su juicio, se presenta una *“exclusión injustificada del concepto de “graves violaciones de derechos humanos” de la norma, permitiendo con esto la aplicación del principio de oportunidad a estas conductas”*.

Al respecto, aseguraban que la restricción a la aplicación del principio de oportunidad a las *“graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio”*, excluía de manera injustificada las graves violaciones a los derechos humanos no comprendidas dentro de tales categorías, *“de manera que la norma acusada permite aplicar el principio de oportunidad a graves violaciones de derechos humanos previstas en el derecho internacional de los derechos humanos”*.

En tal sentido, explicaban que el párrafo 3 del artículo 2 de la ley 1312 de 2009, que no incluye dentro de la prohibición para aplicar el principio de oportunidad, a las graves violaciones de derechos humanos, permitiendo con eso la impunidad en estas conductas, reguladas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Aseguraban igualmente que algunas violaciones de derechos humanos podían coincidir con conductas propias de los crímenes de *lesa humanidad*, pero otras corresponden al concepto más amplio de *“violaciones graves de derechos humanos”*. Así por ejemplo, el asesinato se encuentra proscrito por el Estatuto de Roma de la CPI, pero también está prohibido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la discriminación racial se encuentra prohibida en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, e igualmente, en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la CPI. Otro tanto sucede con la violencia sexual contra la mujer.

A renglón seguido, los demandantes explicaban las razones por las cuales, a su juicio, se cumplían todas y cada unas condiciones fijadas por la Corte Constitucional, a efectos de estructurar un cargo por inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa.

Sobre el particular, el Despacho comenzaba por recordar los requisitos requeridos para configurar un cargo de inconstitucionalidad por omisión relativa, sistematizados en sentencia C- 864 de 2008, en los siguientes términos:

“Los rasgos característicos de una omisión legislativa relativa implican (i) que exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo; (ii) que la misma excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos que, por ser asimilables, tenían que estar contenidos en el texto normativo cuestionado, o que el precepto omita incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Constitución, resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos de la Carta; (iii) que la exclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente; (iv) que la falta de justificación y objetividad genere para los casos excluidos de la regulación legal una desigualdad negativa frente a los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma; y (v) que la omisión sea el resultado del incumplimiento de un deber específico impuesto por el constituyente al legislador”.

Pues bien, en el caso concreto, según el Despacho, los demandantes hicieron un esfuerzo argumentativo por explicar las razones por las cuales, a su juicio, la no inclusión de la expresión “*graves violaciones de derechos humanos*”, en el texto de la causal de procedencia del principio de oportunidad prevista en el párrafo tercero del numeral 17 del artículo 324 del C.P.P., terminaba por desconocer diversas disposiciones internacionales contenidas en los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 4 y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 12 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 1 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Fundaban además su pretensión en un precedente sentado por la Corte en sentencia C- 095 de 2007, referente igualmente a la aplicación del principio de oportunidad en casos de crímenes internacionales.

En este orden de ideas, el Despacho consideraba que a los demandantes les asistía la razón, por los siguientes motivos.

La Corte en sentencia C- 095 de 2007 examinó la constitucionalidad, entre otras, de la siguiente disposición de la Ley 906 de 2004:

“Párrafo 3°. En ningún caso el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad cuando se trate de hechos que puedan significar violaciones graves al derecho internacional humanitario, crímenes de lesa humanidad o genocidio de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma, y delitos de narcotráfico y terrorismo.”

En dicha ocasión, se planteó igualmente un cargo de inconstitucionalidad consistente en que la remisión que la norma acusada hacía al Estatuto de Roma, en tanto que límite a la aplicación del principio de oportunidad, terminaba por desproteger a las víctimas, por cuanto existen casos de violaciones graves a los derechos humanos cuya definición no concuerda con aquella de los tipos penales que prevé el Estatuto de Roma (Genocidio, crímenes de guerra y de lesa humanidad).

La Corte consideró que le asistía razón al demandante, por lo siguiente:

“Así pues, los delitos que menciona el demandante Gallón Giraldo en ciertas circunstancias estarían incluidos dentro de las definiciones de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, por lo cual sí estarían cobijados por la prohibición de aplicación del principio de oportunidad si se cometen en tales circunstancias.

No obstante, al actor le asiste razón cuando afirma que ciertos delitos, como por ejemplo un homicidio intencional o una violación que se produjeran por fuera de situación de conflicto interno o internacional y por fuera de ataques sistemáticos contra la población civil, o el tipo de genocidio político⁶⁴⁴ podrían eventualmente llegar a ser objeto de la aplicación del principio de oportunidad. Y lo mismo podría decirse de otros delitos aislados

⁶⁴⁴ Sobre la penalización del genocidio político pueden verse las sentencias C-177 del 14 de febrero de 2001 y C-330 de 2001, entre otras.

de situaciones de conflicto interno o internacional, o de los mencionados ataques sistemáticos, como el secuestro, las lesiones personales, el abandono de menores, el infanticidio o el incesto, por citar algunos ejemplos.

*Así pues, después de haber analizado detenidamente si la remisión al Estatuto de Roma contenida en el parágrafo 3° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 implica que el principio de oportunidad podría llegar a aplicarse respecto de **algunas graves violaciones a los derechos humanos que no caen dentro del ámbito de competencia de la Corte Penal Internacional**, la Corte ha concluido que en algunos casos ello sí es posible. En tal virtud, para excluir esta posibilidad, declarará la inexecutable de la expresión “de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de Roma”, contenida en este parágrafo 3°, pues ella restringe inconstitucionalmente la protección de los derechos humanos que constituyen los bienes jurídicos amparados por ciertos delitos descritos en algunos tipos penales del Código Penal, y en otros tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte.*

Ahora bien, en el presente caso, según el Despacho, si bien es cierto que el parágrafo tercero de la causal 17 del aplicación del principio de oportunidad no alude o reenvía al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, también lo es que, como lo sostenían los demandante, no todas las graves violaciones a los derechos humanos han sido tipificadas en términos de crímenes internacionales, o no necesariamente con los mismos elementos de aquéllos. En otras palabras, no todas las diversas prohibiciones estipuladas en numerosos y variados tratados sobre derechos humanos, sean regionales o universales, han sido consideradas como crímenes de guerra, de lesa humanidad o genocidios. Así por ejemplo, las vulneraciones graves al derecho a la igualdad en términos de género o ciertas violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. En otras palabras, no existe una identidad total entre los ámbitos de protección del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho penal internacional.

En consecuencia, según el Despacho, la omisión que cometió el legislador, al momento de regular los límites a la aplicación del principio de oportunidad, en el sentido de no incluir las graves violaciones a los derechos humanos, configuraba un desconocimiento de diversos compromisos internacionales, señalados por los demandantes, al igual que del artículo 2 Superior.

Así las cosas, el Despacho propuso declarar exequible el parágrafo tercero de la causal 17 de la aplicación del principio de oportunidad, prevista en el artículo 324 del C.P.P en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos.

XVIII. CONCLUSIONES DEL DESPACHO

a) En los últimos años, el Estado colombiano ha adoptado diversas legislaciones, encaminadas a superar la situación de conflicto armado interno que padece el país. De allí que, aunque resulte evidente que aquél no ha cesado plenamente, también lo es que todas aquellas medidas han apuntado a que los integrantes de los grupos armados ilegales se desarmen y reinserten a la sociedad, es decir, con fin de alcanzar la paz, sin que por ello se haya admitido que los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral puedan ser desconocidos.

b) Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, al momento de examinar la conformidad de las citadas leyes con el Texto Superior, será necesario adelantar una ponderación, entre la consecución de la paz, el valor de la justicia y los derechos de las víctimas de los crímenes internacionales.

c) De igual manera, la jurisprudencia constante de la Corte Constitucional ha sostenido que las medidas legislativas encaminadas a alcanzar la paz, no pueden desconocer los compromisos internacionales asumidos por el Estado colombiano, mediante la suscripción de diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario.

d) En el caso concreto, es decir, el examen de constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009, mediante cual, entre otras cosas, se incorpora una nueva causal de aplicación del principio de oportunidad, el Despacho estimó que el análisis y aplicación de dicha normatividad, no podía desconocer las consideraciones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del 26 de mayo de 2010, en el *asunto Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, a cuyo tenor:

*“En cuanto a la futura posible aplicación de la Ley 1312 de 2009, la cual reforma la Ley 906 de 2004 en relación con el **principio de oportunidad**, el Tribunal nota que la misma contempla la posibilidad de aplicar dicho principio a las personas desmovilizadas de un grupo paramilitar y faculta a la Fiscalía General de la Nación a suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal en estos casos. En particular, la ley indica que para acceder a dicho beneficio la persona desmovilizada debe haber manifestado con actos inequívocos su voluntad de reintegrarse a la sociedad, no debe haber sido postulada al procedimiento de la Ley de Justicia y Paz, y no deben existir en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización, con excepción de la pertenencia a la organización criminal, utilización ilegal de uniformes e insignias y porte ilegal de armas y municiones. Si bien dicha ley establece que “para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal”, **la Corte ya ha constatado que este tipo de disposiciones normativas puede ser insuficiente si no se da en forma concomitante una verificación rigurosa por parte de las autoridades encargadas de las investigaciones, o del Ministerio Público, de tales aseveraciones** (supra párr. 166). Cfr. Ley 1312 de 9 de julio de 2009 (expediente de prueba, tomo XXII, anexo 3 al escrito de alegatos finales de los representantes, folios 9061 a 9063).*

e) Así mismo, el Despacho consideró que el numeral 17 del artículo 324 del C.P.P. se ajustaba condicionadamente a la Constitución, en la medida en que las diversas expresiones que la conforman no adolecen de la ambigüedad u oscuridad que alegaban los demandantes. En efecto, la (i) ausencia de postulación del desmovilizado al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005, es un hecho verificable objetivamente; (ii) así mismo lo es que no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización. De igual manera, el contenido de la norma debe entenderse de conformidad con toda la regulación constitucional y legal del principio de oportunidad. De allí que no necesariamente implique la terminación de la acción penal, por cuanto aquella puede ser tan solo suspendida o interrumpida. Así mismo, la aplicación de cualquier causal del principio de oportunidad debe ser decidida, en últimas, por un juez de control de garantías, quien deberá verificar la existencia de los supuestos fácticos alegados por la Fiscalía, previa celebración de la respectiva audiencia, durante la cual deberán ser citadas las víctimas, quienes podrán aportar pruebas y manifestar su oposición a la aplicación del principio de oportunidad. No se trataba, en consecuencia, de forma alguna de amnistía o indulto.

f) La expresión “*actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, ofrecía una cierta ambigüedad, la cual si bien no la tornaba inconstitucional, sí precisaba ser condicionada, a efectos de evitar que el desmovilizado se limitara a manifestar su simple voluntad de abandonar el grupo armado ilegal, y de esta forma, desconocer los derechos de las víctimas y de la sociedad. De allí que, se propuso que la Corte declarara exequible la causal número 17 de aplicación del principio de oportunidad, prevista en el artículo 324 del C.P.P, bajo el entendido que la expresión “*haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*”, debía entenderse de manera restrictiva y en pro de alcanzar los fines de la justicia transicional.

g) Así mismo, el Despacho entendió que, de conformidad con una interpretación histórica de la norma acusada, la expresión “*pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones*”, correspondía al delito de concierto para delinquir agravado, previsto en el artículo 340.2 del Código Penal. De allí que la norma no merecía ser declarada inexecutable, por cuanto era posible determinar su significado; es más, los mismos demandantes así lo reconocían.

h) A su vez, una revisión de los principales textos normativos que conforman el derecho penal internacional contemporáneo, al igual que la jurisprudencia internacional, evidencian que aquello que el derecho penal interno colombiano denomina “*concierto para delinquir agravado*”, no corresponde a ningún comportamiento que haya sido calificado como crimen *de lesa humanidad*. Al respecto, es preciso aclarar que si bien tales instrumentos aluden a diversas formas de participación criminal en la comisión de delitos internacionales, también lo es que no prevén como delito autónomo, la asociación para delinquir, salvo el caso específico de la Convención contra el Genocidio de 1948. De allí que el Despacho consideró que la aplicación del principio de oportunidad no conducía a dejar impune un crimen internacional.

i) Adoptar la postura que el delito de concurso para delinquir agravado no es un delito de lesa humanidad, como se propuso en la ponencia que no fue aprobada, en nada afectaba las decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia hasta la fecha, pues se trata de un delito autónomo y su aplicación es independiente de otros tipos penales que han sido imputados a quienes hasta la fecha han sido juzgados por esta última Corporación. En otras palabras, la decisión que hubiere adoptado la Corte Constitucional en la presente oportunidad no hubiere tenido efectos respecto de los casos que ya han sido juzgados por la Corte Suprema de Justicia; en este sentido los temores de la mayoría eran infundados.

j) Los precedentes sentados por la Corte Suprema de Justicia en materia de crímenes de lesa humanidad, fundados en sentencias proferidas por algunas jurisdicciones latinoamericanas, no son vinculantes en la interpretación del ordenamiento jurídico que realiza la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de la ley. Como bien ha señalado la jurisprudencia constitucional la doctrina viviente, es decir, la interpretación que han hecho la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado sólo sirve para ilustrar el alcance de las disposiciones legales cuando se ajusta a la Constitución, y eso precisamente no ocurría en esta oportunidad.

k) Prever la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de los grupos armados ilegales no desconoce la Constitución y hace parte de un proceso de justicia transicional en la que se debe comprender la Ley 975 de 2005 y la ley 1312 de 2009, que es demandada en esta ocasión. Es errado y contraevidente señalar que el principio de oportunidad no es un instrumento apto para ser utilizado en un proceso de paz. Toda la argumentación contenida en la sentencia C-370 de 2006 que constituye precedente vinculante para esta misma Corte, consideró como acorde

a la Constitución utilizar figuras e instituciones judiciales propias de procesos penales e incluso la reducción punitiva. Este argumento llevado al absurdo supone que existen figuras jurídicas propias de justicia transicional y otras que no.

l) La disposición acusada reunía todos los elementos señalados por la jurisprudencia constitucional que deben ser considerados cuando se trata de regular legalmente el principio de oportunidad (por ejemplo en la sentencia C-095 de 2007). En efecto, (1) la norma perseguía el propósito de *racionalizar la utilización del aparato estatal en la persecución penal* (el número de desmovilizados lo atestigua); (2) el propósito de asegurar *un orden justo*, proporcionaba espacios para que se respetaran los derechos de las víctimas; y (3) se trataba de una norma que no desconocía *el principio de legalidad* en tanto que las causales o supuestos para aplicar el principio de oportunidad eran claras y precisas.

m) El Despacho igualmente aclaraba que si bien el principio de oportunidad podía ser aplicado a los desmovilizados que se reincorporen a la sociedad, también lo es que tal decisión judicial, de manera alguna impide que la Fiscalía General de la Nación investigue, y los jueces competentes sancionen, otros comportamientos imputables a los desmovilizados, tales como crímenes de guerra, de *lesa humanidad* y genocidios. En efecto, la declaración juramentada del desmovilizado, en el sentido de no haber perpetrado tales atrocidades, de manera alguna le impedía al Estado verificar la realidad de tal afirmación.

n) Si bien, *prima facie*, el delito de concierto para delinquir no comporta la existencia de víctimas, los imperativos de verdad, según el Despacho, imponían condicionar la norma acusada en el sentido de que *“para preservar los derechos de las posibles víctimas, en la reglamentación que para la aplicación del principio de oportunidad expida el Fiscal General de la Nación, se debe contemplar la publicación en un periódico y una emisora de cobertura nacional, y en la página web de la Fiscalía General de la Nación, de la información sobre la identidad plena, valga decir, visual, nominal y de alias, de cada uno de los desmovilizados que serán sometidos al procedimiento de aplicación del principio de oportunidad y de las fechas programadas para ese procedimiento”*.

o) El Despacho ponía igualmente de presente que, según los cálculos aportados por la Fiscalía General de la Nación, el universo de posibles destinatarios del principio de oportunidad ascendería a 14.821 personas, es decir, un elevado número de desmovilizados, cuya situación jurídica, hasta el momento no ha se encuentra definida. Es más, según el mismo informe, hasta la fecha, la norma acusada no ha sido aplicada en ningún caso.

p) Las argumentaciones acogidas por la mayoría de la Sala Plena, al margen de trascendentales consecuencias en materia de confianza legítima (art. 1 CP), conducen a negar la lógica de las decisiones políticas y judiciales expresadas en la sentencia C-370 de 2006, en tanto que conduce a paradojas insalvables: No se les puede aplicar a los desmovilizados el indulto en los términos previstos en la Ley 782 de 2002 y el Decreto 128 de 2003 porque según la jurisprudencia de la Corte Suprema (sentencia del 11 de julio de 2007. Rad. 26.945) los crímenes cometidos por los grupos paramilitares o de autodefensa, no pueden ser calificados como delitos políticos, son delitos comunes y por ende, resulta improcedente las concesiones de amnistías o indultos. Pero tampoco se les puede aplicar el principio de oportunidad dentro de los procesos que adelanta la Fiscalía porque este principio es un instrumento que está previsto para la delincuencia y los delitos comunes, no para procesos de paz o de regularización.

q) El resultado de impedir que los desmovilizados, los miembros rasos de grupos armados ilegales no puedan ser beneficiarios del indulto, ni del principio de oportunidad, supone que existe un trato favorable para los cabecillas de estos grupos (a los cuales solo se les puede imponer como pena máxima 8 años por el delito de concierto para delinquir y otros delitos incluso de lesa humanidad), en cambio a los subalternos, se les debe imponer como mínimo 8 años y hasta 18 solo por el delito de concierto para delinquir (art. 340 Código penal).

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado.

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-936/10

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS DE LOS GRUPOS ARMADOS ILEGALES-Desarrollo de un proceso transicional empezado por la ley 975 de 2005 y ley 1312 de 2009 (Salvamento de voto)

DELITO DE CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO-No es en si mismo un delito de lesa humanidad (Salvamento de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-No desconoce la justicia, verdad y reparación propia de los procesos transicionales (Salvamento de voto)

APLICACION DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD A DESMOVILIZADOS-No desconocía el principio de legalidad (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D- 8131

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 17 del artículo 2º y el parágrafo 3º del mismo artículo; de la Ley 1312 de 2009.

Magistrado Ponente:

Luís Ernesto Vargas Silva

Con todo respeto, expongo los motivos que me llevan a discrepar de la presente Sentencia:

1. El entendimiento correcto de la norma acusada, a diferencia de lo que comprendió la mayoría, implicaba que los desmovilizados que podían someterse al principio de oportunidad no debían haber sido postulados por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la ley de Justicia y Paz (ley 975 de 2005) y además que no cursaran contra ellos investigaciones por delitos cometidos antes o después de la desmovilización. El único delito por el que era factible acudir al principio de oportunidad era el de pertenencia a la organización criminal.

La Sentencia C-370 de 2006 mediante la cual se analizó la ley 975 de 2005, también llamada ley de Justicia y Paz, había ya aceptado el esquema de justicia transicional, mediante el cual se lograría la verdad, la justicia y la reparación; ello conllevó a que los altos mandos y los mandos medios de los grupos al margen de la ley, fueran sometidos a un proceso penal para determinar su responsabilidad. Por el contrario, para los integrantes rasos de dichos grupos, se consideró acorde con la Constitución utilizar figuras e instituciones judiciales propias de procesos penales para extinguir la pena u otras formas similares como lo era el principio de oportunidad. Por lo tanto, la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de los grupos armados ilegales no

desconocía la Constitución sino por el contrario era el desarrollo de un proceso de justicia transicional empezado por la ley 975 de 2005 y que era complementado por la ley 1312 de 2009. La posición jurídica adoptada por la mayoría lleva a la incoherencia de suponer que existen figuras exclusivas propias de la justicia transicional y otras que no.

2. El delito de concierto para delinquir agravado no es en sí mismo un delito de lesa humanidad. Ciertamente, acorde con la evolución del derecho penal internacional, la jurisprudencia del tribunal de Ruanda y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; solamente ha sido catalogado como delito de lesa humanidad el delito de concierto para delinquir con fines de genocidio, eventualidad contemplada en la norma acusada. No puede equipararse a modo de ejemplo a la persona que perteneciendo a una organización criminal funge como campanero o aquella que cocina para otros respecto de aquel que ejecuta directamente los actos de barbarie. No obstante, debe tenerse presente que para los desmovilizados rasos no se estaba proponiendo ningún tipo de impunidad, ni indulto o amnistía; sino la aplicación de una figura procesal como el principio de oportunidad, acogida por el Código de Procedimiento Penal.

3. No es cierto que con la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados se estén desconociendo la justicia, verdad y reparación, propia de los procesos transicionales. Estos principios vienen siendo protegidos a través de los procesos penales que se llevan a cabo contra la cúpula de los grupos ilegales y que tienen como sustento la ley 975 de 2005.

4. La aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados ya anotados, encajaba perfectamente dentro de los parámetros que circunscriben la aplicación de dicho principio. En efecto, la norma perseguía el propósito de *racionalizar la utilización del aparato estatal en la persecución penal* (el numero de desmovilizados lo atestigua); el propósito de asegurar *un orden justo*, proporcionaba espacios para que se respetaran los derechos de las víctimas; y se trataba de una norma que no desconocía *el principio de legalidad* en tanto que las causales o supuestos para aplicar el principio de oportunidad eran claras y precisas. Es de anotar que, el principio de oportunidad de origen constitucional (art. 250), relativiza los conceptos de verdad y reparación sin hacerlos nugatorios.

5. La expresión "*quien haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad*", proporcionaba un margen de discrecionalidad al Fiscal en la aplicación del principio de oportunidad, pero no puede considerarse que tenga un carácter vago o ambiguo que ocasione su inconstitucionalidad. Es un absurdo considerar la necesidad de tipificar cualquier término o concepto en materia penal; precisamente en el ordenamiento jurídico existen normas en blanco o normas remisorias, que permiten afirmar que en algunos casos los supuestos vacíos pueden ser llenados. La expresión mencionada fácilmente hubiera comprendida de manera sistemática con la lectura de la misma ley 1312 de 2009, que en su artículo 4° señalaba doce condiciones que impedían cualquier aplicación arbitraria, dentro de un periodo de prueba de tres años para cumplir con las mismas so pena de perder el beneficio.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

COLOMBIA- Sentencia 8

Sentencia C-771/11

Referencia: expediente D-8475

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 4°, 6° y 7° (todos parcialmente) de la Ley 1424 de 2010, *“Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”*.

Actores: Gustavo Gallón Giraldo y otros.

Magistrado Ponente:
NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de dos mil once (2011).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 241 de la Constitución Política los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo, Juan Camilo Rivera Rugeles, María del Pilar Gutiérrez Perilla, Carlos Germán Navas Talero, Iván Cepeda Castro, Soraya Gutiérrez Argüello e Ingrid Vergara Chávez presentaron ante este tribunal demanda de inconstitucionalidad contra sendos fragmentos de los artículos 1°, 4°, 6° y 7° de la Ley 1424 de 2010, *“Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”*.

Mediante auto de abril 7 de 2011 el Magistrado sustanciador admitió la demanda y ordenó fijar en lista el presente asunto, y correr traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor.

En esa misma decisión se ordenó también comunicar la iniciación de este proceso a los señores Presidente de la República, Presidente del Congreso y al entonces Ministro del Interior y de Justicia. También se extendió invitación a la Fiscalía General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo y a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación CNRR, así como a las facultades de Derecho de las Universidades del Rosario, Externado de Colombia, de los Andes, Pontificia Javeriana, de Antioquia, Industrial de Santander, del Norte y Nacional de Colombia, para que, si lo consideraban pertinente, se pronunciaran sobre la constitucionalidad de los preceptos demandados.

Cumplidos los trámites propios de esta clase de procesos, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. LAS NORMAS DEMANDADAS

El siguiente es el texto de las normas demandadas, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial N° 47.937 del 29 de diciembre de 2010, advirtiéndose que lo demandado es únicamente lo resaltado en negrilla:

“LEY 1424 DE 2010 (diciembre 29)

“Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones”

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA:

*ARTÍCULO 1o. OBJETO DE LA LEY. La presente ley tiene por objeto contribuir al logro de la paz perdurable, la satisfacción de las garantías de verdad, justicia y reparación, dentro del marco de justicia transicional, en relación con la conducta de los desmovilizados de los grupos armados organizados al margen de la ley, que hubieran incurrido únicamente en los delitos de **concierto para delinquir simple o agravado**, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su pertenencia a dichos grupos, así como también, promover la reintegración de los mismos a la sociedad.”*

(...) (...) (...)

ARTÍCULO 4o. MECANISMO NO JUDICIAL DE CONTRIBUCIÓN A LA VERDAD Y LA MEMORIA HISTÓRICA. Créase un mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica, con el fin de recolectar, sistematizar, preservar la información que surja de los Acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación, y producir los informes a que haya lugar.

La información que surja en el marco de los acuerdos de que trata este artículo no podrá, en ningún caso, ser utilizada como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto que suscribe el Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y a la Reparación o en contra de terceros.

(...) (...) (...)

ARTÍCULO 6o. MEDIDAS ESPECIALES RESPECTO DE LA LIBERTAD. Una vez el desmovilizado haya manifestado su compromiso con el proceso de reintegración a la sociedad y con la contribución al esclarecimiento de la conformación de los grupos organizados al margen de la ley a los que se refiere la presente ley, el contexto general de su participación y todos los hechos o actuaciones de que tengan conocimiento en razón a su pertenencia, la autoridad judicial competente, decretará a petición del Gobierno Nacional, a través de la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces, dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud, la suspensión de las órdenes de captura proferidas en contra de desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, incurso en los delitos que se establecen en el artículo 1o de la presente ley, siempre que estas hayan sido proferidas con fundamento únicamente por esas conductas y concurra el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Encontrarse vinculado al proceso de Reintegración Social y Económica dispuesto por el Gobierno Nacional.

2. Estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente este proceso.
3. No haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización.

Lo aquí previsto también se aplicará para solicitar a la autoridad judicial competente, que conozca de actuaciones en contra de los beneficiarios de la presente ley, que se abstenga de proferir orden de captura. (Sic)

Mediante auto de sustanciación la autoridad competente, comunicará a las partes e intervinientes acreditados en el proceso, la solicitud de suspensión de la orden de captura a la que hace referencia este artículo, **en contra del cual no procede recurso alguno**. Por su parte, la decisión frente a la solicitud de suspensión de orden de captura será notificada a los mismos.

PARÁGRAFO. La autoridad judicial prescindirá de la imposición de la medida de aseguramiento, cuando el desmovilizado beneficiario, únicamente haya incurrido en los delitos señalados en el artículo 1o de la presente ley, siempre y cuando haya cumplido con los requisitos contemplados en los numerales 1, 2 y 3 del presente artículo.

ARTÍCULO 7o. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y MEDIDAS DE REPARACIÓN. La autoridad judicial competente decidirá, de conformidad con los requisitos establecidos en la presente ley, a petición del Gobierno Nacional, a través de la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces, la suspensión condicional de la ejecución de la pena por un período equivalente a la mitad de la condena establecida en la Sentencia, una vez se verifique el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Haber suscrito el Acuerdo de Contribución a la verdad y la Reparación, así como estar vinculado al proceso de reintegración social y económica dispuesto por el Gobierno Nacional y estar cumpliendo su ruta de reintegración o haber culminado satisfactoriamente dicho proceso.
2. Ejecutar actividades de servicio social con las comunidades que los acojan en el marco del proceso de reintegración ofrecido por el Gobierno Nacional.
3. Reparar integralmente los daños ocasionados con los delitos por los cuales fue condenado dentro del marco de la presente ley, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo.
4. No haber sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización.
5. Observar buena conducta en el marco del proceso de reintegración.

Mediante auto de sustanciación a la autoridad competente, comunicará a las partes e intervinientes acreditados en el proceso, la solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena a la que hace referencia este artículo, **en contra del cual no procede recurso alguno**. Por su parte, la decisión frente a la solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena será notificada a los mismos.

PARÁGRAFO 1o. La suspensión condicional de la pena principal conllevará también la suspensión de las penas accesorias que correspondan. La custodia y vigilancia de la ejecución de la pena seguirá siendo competencia del funcionario judicial y del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), en los términos del Código Penitenciario y Carcelario.

PARÁGRAFO 2o. Transcurrido el periodo de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin que el condenado incumpla las obligaciones de que trata el presente artículo, la pena quedará extinguida previa decisión judicial que así lo determine.”

III. LA DEMANDA

Los actores formularon tres distintos cargos de inconstitucionalidad, el primero de ellos dirigido contra el inciso demandado del artículo 4°, el segundo contra los fragmentos acusados de los artículos 6° y 7° y el último contra la frase cuestionada del artículo 1°. Previamente, incorporaron otras extensas consideraciones de carácter global, encaminadas a contextualizar el alcance de tales cargos a partir del contenido y antecedentes de la Ley 1424 de 2010, de pronunciamientos de esta corporación y del análisis de algunas de las normas que en su concepto integran el parámetro de constitucionalidad a partir del cual deberá evaluarse la exequibilidad de las normas demandadas.

3.1. Consideraciones generales previas

En este primer aparte, los demandantes señalaron que las disposiciones acusadas desconocen los deberes del Estado de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, así como las infracciones al derecho internacional humanitario que ocurran en el territorio nacional.

Explican que la iniciativa legislativa que en su momento condujo a la expedición de la Ley 1424 de 2010 surgió como consecuencia de la sentencia C-936 dictada por esta corporación en noviembre 23 de ese mismo año, que declaró la inexequibilidad de varias disposiciones contenidas en la Ley 1312 de 2009, que permitían la aplicación del principio de oportunidad a personas desmovilizadas de grupos armados al margen de la ley, por cuanto a partir de tales reglas se *“propiciaba un escenario de impunidad respecto de posibles perpetradores de violaciones de derechos humanos, y además no contribuía a la realización de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas”*.

Sin embargo, señalan que la nueva Ley 1424 de 2010, y específicamente los apartes de sus artículos 1°, 4°, 6° y 7° que en esta oportunidad son acusados, adolecen de defectos similares a los que causaron la inexequibilidad de algunas de las normas analizadas en la sentencia C-936 de 2010.

Seguidamente, los actores se refieren a las normas de rango constitucional que en su concepto deberán ser tenidas en cuenta al decidir sobre esta demanda. Aluden entonces a mandatos contenidos en tratados internacionales, que en virtud a la remisión contenida en preceptos constitucionales como el artículo 93, integran el bloque de constitucionalidad.

En esta línea citan, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (CADH), destacando que ambos instrumentos consagran el derecho de los ciudadanos de acceder a la justicia mediante un recurso rápido y efectivo. Más adelante invocan también otros tratados y convenciones que consideran relevantes, reseñando en cada caso pronunciamientos de esta corporación en los que se habría reconocido que tales instrumentos hacen parte del bloque de constitucionalidad. Añaden que no sólo el texto de estos tratados deberá ser tenido en cuenta, sino también las interpretaciones de tales contenidos que en cada caso hayan realizado los órganos competentes para su aplicación, entre ellos el Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

Sobre estas bases, los actores efectúan consideraciones de carácter general respecto de cómo las disposiciones acusadas serían contrarias al derecho de acceso a la justicia en sus dimensiones de verdad, justicia y reparación.

En páginas subsiguientes, realizan una presentación sobre el alcance de las principales obligaciones del Estado respecto de sus ciudadanos que estarían siendo desatendidas por efecto de los preceptos legales acusados. Se refieren entonces a tres distintos deberes, a saber: i) el de respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos; ii) el de investigar, juzgar y

sancionar adecuadamente las violaciones de derechos humanos cometidas dentro de su territorio, y iii) el de garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

En relación con la primera de estas obligaciones, los actores citan los artículos 2.1 y 2.2 del PIDCP y 1° y 2° de la CADH y transcriben algunos fragmentos de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se destaca la obligación de los Estados de garantizar el efectivo goce de los derechos humanos en su territorio.

En torno a los deberes de investigar, juzgar y sancionar adecuadamente las violaciones que contra tales derechos se cometan, presentan el desarrollo que ellos han tenido, en los instrumentos internacionales antes citados, en los pronunciamientos de los organismos responsables de su interpretación y en la jurisprudencia de esta corporación, a partir de lo cual destacan aspectos como los siguientes: i) que en los casos de mayor gravedad, frente a delitos como la desaparición forzada, la tortura y otras graves violaciones de los derechos humanos, estos deberes constituyen incluso una obligación derivada del *ius cogens*; ii) que esta obligación adquiere aún mayor importancia en los casos en que las personas afectadas son sujetos especialmente vulnerables, como es el caso de los niños o cuando los autores de las violaciones hayan sido servidores públicos en uso de su investidura; iii) que para la investigación de estos hechos deben existir recursos judiciales sencillos, efectivos, rápidos y sin dilaciones, pese a lo cual debe recordarse que se trata de una obligación propia del Estado que debe ser asumida oficiosamente y no apenas como resultado del impulso ejercido por los afectados; iv) que la investigación y juzgamiento de estas conductas debe ser asumida de manera oportuna, seria y efectiva, de tal manera que cumpla su finalidad, y no como mero ritualismo cuyo resultado de antemano se sabe que será infructuoso; v) que esta tarea debe apuntar al descubrimiento y efectiva sanción de los determinadores y beneficiarios de los actos de violación de los derechos humanos y de las estructuras criminales que los organizan y llevan a cabo, y no solamente de los perpetradores inmediatos; vi) que el Estado debe realizar los esfuerzos y acciones necesarias para luchar contra la impunidad en relación con estas situaciones, que resulta intolerable en cuanto conduce a la posible repetición de tales conductas y socava las bases fundamentales de las sociedades democráticas y del Estado de derecho.

En lo que atañe al tercer aspecto, es decir el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, los actores subrayaron su origen y carácter constitucional, y se refirieron a su alcance e interpretación en decisiones de los organismos internacionales y en la jurisprudencia de este tribunal⁶⁴⁵. En esta línea, resaltaron que el derecho a conocer la verdad busca, tanto dentro de la perspectiva individual como de la colectiva, preservar del olvido los hechos que han causado daño a las personas y a las sociedades, los cuales deben ser esclarecidos y explicados como condición necesaria para evitar su impunidad. Que el derecho a la justicia implica el deber del Estado de investigar todos los casos de grave violación de los derechos humanos y de sancionar a sus responsables con penas adecuadas y proporcionadas a la gravedad de sus acciones. Y que el derecho a la reparación no se agota en el puro resarcimiento económico de los afectados, sino que también comprende medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, tanto para las víctimas como para la sociedad.

3.2. Cargo por vulneración del derecho de acceso a la justicia por el incumplimiento del deber de investigar con debida diligencia las violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y violaciones al derecho internacional humanitario

Este primer cargo de la demanda se dirige contra el inciso 2° del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010, norma que regula lo relativo al denominado *mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica*. Este artículo, después de trazar en su inciso primero los objetivos que ese mecanismo perseguirá, los cuales consisten en recolectar, sistematizar y preservar la información que surja de los *Acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación* (regulados por el artículo 2°) y producir los informes a que haya lugar, establece en el inciso

⁶⁴⁵ En relación con estos temas los actores citaron especialmente las sentencias C-228 de 2002 y C-370 de 2006.

segundo, objeto de cuestionamiento, que la información que surja en el marco de tales acuerdos no podrá en ningún caso, ser utilizada como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto que suscribe el referido acuerdo, ni en contra de terceros.

Consideran los accionantes que esta regla es contraria a los artículos 2º, 29, 93 y 229 de la Constitución Política, 1º, 2º, 8º y 25 de la CADH y 2.1, 2.3 y 14 del PIDCP. Además, señalan que sería también violatoria de las siguientes normas internacionales integrantes del pertinente parámetro de constitucionalidad: i) los artículos 1º, 3º y 4º de la Convención para la prevención y sanción del delito de Genocidio; ii) artículos 2.1, 4º, 6º y 7º de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; iii) artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada; iv) artículo 3º de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura; v) artículos 8º y 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos; vi) artículo 18 de la Declaración Americana de Derechos del Hombre; vii) y el principio 19 del Conjunto de Principios actualizados para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad.

Al desarrollar el concepto de la violación, explican los accionantes que la imposibilidad de utilizar en procesos judiciales información tan relevante sobre acciones de violación de los derechos humanos, como la que saldrá a la luz con ocasión de los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación* y la consiguiente obligación de desechar dicha información, obstruye de manera grave el cumplimiento de los deberes del Estado de investigar y sancionar tales crímenes, y por esta vía, la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Después de examinar el contenido de la información que conforme al artículo 3º de esta misma ley deberá ser provista para suscribir los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación* y obtener los beneficios consiguientes, así como la extensión de los crímenes y acciones que serían objeto de los mismos, señalan la trascendencia que esa información tendría para el éxito de las investigaciones sobre la materia, la que entienden como proporcional al efecto que su ausencia tendría sobre esas mismas pesquisas. Resaltan de manera especial el efecto que esa información tendría frente al propósito de descubrir y desarticular las organizaciones criminales autoras de esas graves violaciones, objetivo que ante la falta de esa información podría frustrarse de manera absoluta.

Señalan también que el hecho de que la información así recaudada no pueda ser utilizada como prueba, ni siquiera para el procesamiento de personas diferentes a las que la hubieren provisto, aumenta el impacto de la dificultad que este hecho generará para el cumplimiento de los deberes del Estado de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y las graves violaciones al derecho internacional humanitario, deberes cuya importancia aumenta junto con la gravedad de las conductas que deberían ser sancionadas.

De cara a los deberes de defender los derechos humanos, investigar, juzgar y sancionar su desconocimiento y garantizar el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, que en el punto anterior fueron explicados, señalan los demandantes que la regla contenida en el inciso acusado impedirá adelantar las investigaciones necesarias para dar oportuno cumplimiento a estos deberes, especialmente en lo relativo a la debelación de las estructuras criminales y la efectiva sanción a quienes corresponda.

En suma, consideran los accionantes que esta restricción impide al Estado cumplir su deber de garantizar a los ciudadanos un recurso judicial efectivo para la protección de sus derechos y la sanción de los responsables de las graves violaciones de los mismos, lo que se traduce en la deficiente o nula garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las personas afectadas por esas conductas y de la sociedad en su conjunto. También incide negativamente en la posibilidad de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, asegurar la convivencia pacífica, la vigencia de un orden justo y el respeto a la dignidad humana.

En razón a estas circunstancias, los actores solicitan a la Corte declarar inexecutable el inciso 2° del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010, y para el caso en que esta corporación no acceda a ello, como petición subsidiaria piden que se declare condicionalmente executable, bajo el entendido de que esta disposición no impedirá que la información contenida en los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y a la Reparación* sea utilizada en la investigación y el juzgamiento de hechos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

3.3. Cargo por vulneración del derecho de acceso a la justicia por el desconocimiento del derecho a contar con un recurso judicial efectivo

El segundo cargo de la demanda se dirige contra la expresión “*en contra del cual no procede recurso alguno*” contenida de manera coincidente en el texto de los artículos 6° y 7° de la Ley 1424 de 2010. Estos dos artículos regulan de manera extensa y prolija dos distintas situaciones que serían consecuencia del compromiso de reintegración a la sociedad y contribución al esclarecimiento de los hechos expresado por personas desmovilizadas dentro del marco de esta ley, la primera de ellas consistente en la suspensión de las órdenes de captura que contra ellos se hubieren librado y la segunda relativa a la suspensión condicional de la ejecución de la pena que se hubiere impuesto.

En ambos casos la correspondiente decisión judicial se tomará por solicitud del Gobierno Nacional, cumpliéndose así un requisito de procedibilidad que obliga al juez a tomar una decisión sobre el tema, sin que frente a tal solicitud pueda interponerse recurso alguno, que es la regla que en este caso es objeto de reproche constitucional. Las normas superiores que los actores consideran vulneradas son también los artículos 2°, 29, 93 y 229 de la Constitución Política, 1°, 2°, 8° y 25 de la CADH y 2.1, 2.3 y 14 del PIDCP, además de las otras cláusulas contenidas en tratados internacionales que en el cargo anterior quedaron relacionadas.

Respecto del contenido de los artículos 6° y 7° aquí parcialmente demandados, explican los actores que pese a utilizar un lenguaje parcialmente distinto, pues el primero de ellos habla de que el juez competente *decretará* la suspensión de las órdenes de captura, mientras que el segundo establece que aquél *decidirá* sobre la suspensión provisional de la ejecución de la pena y las medidas de reparación, lo que parecería dejar un mayor margen de discrecionalidad, es notorio que en ambos casos la correspondiente decisión dependerá en forma determinante de la solicitud que al respecto haya presentado el Gobierno Nacional, más que del criterio del juez competente. Según alegan, esta circunstancia refuerza la necesidad de que tales decisiones puedan ser controvertidas por las personas afectadas, posibilidad que los apartes acusados en este caso excluyen de manera absoluta.

Resaltan de manera especial que el derecho de acceder a la justicia, que se deriva de los preceptos constitucionales que en este caso se consideran infringidos, tiene como principal consecuencia la existencia de un recurso judicial efectivo para la protección de los derechos fundamentales. En apoyo de esta premisa citan pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de esta corporación, que resaltan la necesidad de que se garantice la disponibilidad de este mecanismo. Frente a la regla controvertida, señalan que si las personas afectadas por los crímenes investigados no tienen la posibilidad de recurrir u oponerse a tan trascendentales decisiones, como son la solicitud de suspensión de las órdenes de captura o de las penas que hubieren sido impuestas, se hacen nugatorios los derechos que la Constitución y la ley les reconocen a las víctimas, y que comprenden la posibilidad de obtener verdad, justicia y reparación, como consecuencia de las acciones criminales que les han afectado.

De otra parte, señalan que esta restricción es contraria también al principio establecido en el artículo 2° de la Constitución Política, relacionado con la posibilidad que las personas tienen de participar en las decisiones que les afectan, por lo cual se opone a los fundamentos del Estado social de derecho.

Al recapitular el contenido de este cargo, agregan los accionantes, entre otras razones, que la restricción contenida en los artículos 6° y 7° aquí demandados implica incumplimiento de los deberes del Estado, en torno a la adopción de un marco jurídico que ofrezca a las personas mecanismos efectivos para la defensa de sus derechos y permita evitar la impunidad y la repetición de los hechos violatorios de aquéllos, y constituye un obstáculo importante para el acceso de los ciudadanos a la justicia, razones por las cuales la Corte debería declarar la inexecutable de esta regla en ambos artículos.

3.4. Cargo por vulneración del derecho de acceso a la justicia por el otorgamiento de beneficios penales desproporcionados a personas desmovilizadas, miembros de grupos armados ilegales que hayan cometido delitos de lesa humanidad

Este último cargo se dirige contra la expresión *concierto para delinquir simple o agravado*, contenida en el artículo 1° de la Ley 1424 de 2010, norma que lista los delitos cuyos autores y responsables podrán tener derecho a los beneficios regulados por esta misma ley.

En línea semejante a los cargos anteriores, los preceptos superiores que serían vulnerados por esta norma son los artículos 2°, 13, 29, 93 y 229 de la Constitución Política, 1°, 2°, 8°, 24 y 25 de la CADH y 2.1, 2.3, 3° y 14 del PIDCP, así como las distintas cláusulas de tratados internacionales que en el primer cargo fueron relacionadas.

La principal razón por la que los demandantes consideran contrario a la Constitución que los beneficios desarrollados en esta ley puedan ser otorgados a los autores del delito de concierto para delinquir simple o agravado, radica en el hecho de que esa conducta punible ha sido considerada como delito de lesa humanidad, categoría a la que no podrían ofrecerse tan amplios beneficios, pues ello supondría incumplimiento del deber del Estado de investigar y sancionar tan graves comportamientos. De otra parte, mencionan también que el otorgamiento de un trato tan benévolo hacia los responsables de estas acciones infringe el principio de igualdad, al considerar la situación de personas acusadas por crímenes de inferior gravedad, que sin embargo se encuentran sometidos a un tratamiento punitivo mucho más estricto.

Al desarrollar este cargo, reiteran los accionantes que los Estados tienen el deber indisponible de investigar, juzgar y sancionar las conductas catalogadas como crímenes de lesa humanidad, que de manera particular ofenden no sólo a las víctimas directas y a la sociedad a la cual pertenecen, sino incluso a la humanidad entera. En apoyo de este mandato invocan las normas pertinentes de la Constitución colombiana, además de varios principios y mandatos contenidos en diversos tratados internacionales aplicables, que páginas atrás fueron citados⁶⁴⁶.

Señalan además que el alcance de estos deberes suele ir en directa proporción a la gravedad de los delitos de que se trata, por lo cual conductas como el concierto para delinquir simple o agravado no podrían quedarse sin ser investigadas y debidamente sancionadas, pues su gran implicación y trascendencia van más allá de lo que pudiera aceptarse como tolerable bajo consideraciones políticas o de otro tipo⁶⁴⁷.

Explican que en importantes decisiones de los años recientes, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, bajo determinadas circunstancias, el delito de concierto para delinquir debe ser considerado de lesa humanidad, siempre que las actividades para cuya comisión se establece el acuerdo criminal tengan esa connotación, sus integrantes se hayan involucrado voluntariamente y la mayoría de ellos hayan tenido conocimiento de esas circunstancias. De allí que, según las prácticas conocidas y documentadas durante años recientes, tanto los llamados grupos

⁶⁴⁶ Cita de manera detallada todos los tratados internacionales a los cuales se hizo referencia en el cargo primero de la demanda, páginas 7 y 8 de la presente providencia.

⁶⁴⁷ Sobre el concepto de delitos de lesa humanidad citan un pronunciamiento del Tribunal Internacional constituido en relación con los crímenes cometidos en la antigua República de Yugoslavia, que es objeto de traducción libre por los demandantes, así como sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

paramilitares como los guerrilleros, sean responsables de conductas que merezcan este calificativo, pese a lo cual sus autores podrían ser destinatarios de los amplios beneficios contemplados en la Ley 1424 de 2010.

En este sentido, recuerdan el alcance de las medidas desarrolladas de manera especial en los artículos 6° y 7° de esa misma ley sobre suspensión de órdenes de captura y suspensión de la ejecución de la pena, a las cuales se añadiría la exoneración del deber de denunciar los hechos punibles que hubiere conocido, la cual, según explican, resulta de la interpretación del inciso 2° del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010, también demandado dentro de la presente acción. Según reiteran, estos beneficios resultan excesivos por su generosidad, frente a aquellos de que podrán gozar personas acusadas o encontradas responsables de conductas punibles sujetas a la aplicación de la ley penal ordinaria⁶⁴⁸.

Respecto de las órdenes de captura, y recordando la finalidad de las medidas de aseguramiento, señalan que la posibilidad de que ellas sean suspendidas priva al Estado y a la Rama Judicial de una trascendental herramienta para procurar el éxito de las investigaciones criminales, lo que implica una deficiente protección de los derechos de las víctimas, que en este caso es la humanidad entera, a la verdad, la justicia y la reparación, en relación con las conductas criminales contra ellas cometidas.

Bajo las anteriores consideraciones, los actores solicitan a la Corte declarar inexecutable la frase “*concierto para delinquir simple o agravado*” que hace parte del artículo 1° de la Ley 1424 de 2010, a partir de la cual se permite que se hagan acreedores a los beneficios previstos en esta ley los desmovilizados que hubieren cometido este delito.

IV. INTERVENCIONES

Durante el término de fijación en lista se recibieron ocho escritos, provenientes de algunos ciudadanos y de entidades públicas y privadas, que dieron su opinión sobre los planteamientos contenidos en la demanda.

4.1. De la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz

Esta organización intervino por conducto de su representante legal, quien adhirió a los argumentos de la demanda y pidió a la Corte declarar inexecutables la totalidad de las disposiciones demandadas.

En lo que atañe al inciso 2° del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010, coincide en considerar que la imposibilidad de utilizar como prueba judicial la información provista por los desmovilizados al *mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica*, es contraria a deberes esenciales del Estado, emanados tanto de las disposiciones constitucionales como de la normatividad internacional, en cuanto priva al sistema judicial y a las víctimas de la posibilidad de apoyarse en información que resultaría decisiva para el esclarecimiento de los graves hechos que deberían investigarse, sin la cual tales hechos podrían quedar impunes.

En lo que respecta a la inclusión en el artículo 1° del delito de *concierto para delinquir simple o agravado*, dentro de las conductas punibles cuyos autores podrán tener derecho a los beneficios previstos en esta ley, suscriben también el razonamiento conforme al cual este delito podría, según la más reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ser considerado como de lesa humanidad, postura que se apoya en pronunciamientos de los organismos internacionales de derechos humanos. Esta consideración impide beneficiar a los autores de tales delitos con previsiones tan generosas como las contenidas en esta ley, estímulos que además resultan

⁶⁴⁸ Recuerdan que en condiciones normales la suspensión de la ejecución de la condena sólo puede ser concedida en aquellos casos en que la pena imponible sea inferior a tres años, lo que deja un buen número de conductas, no catalogadas como delitos de lesa humanidad, sin acceso a beneficios de comparable importancia.

desproporcionados frente a aquellos a los que tienen acceso los responsables de delitos previstos en la legislación penal ordinaria, usualmente de menor gravedad al que aquí se analiza.

Frente a la regla contenida en los artículos 6° y 7° de esta ley, según la cual las decisiones judiciales que informan sobre las solicitudes de suspensión de órdenes de captura y de ejecución de las penas que el Gobierno hubiere formulado no son susceptibles de recurso alguno, comparte también los argumentos según los cuales esta restricción afecta gravemente el derecho de las víctimas a poder impulsar los procesos judiciales originados en los hechos que las han afectado.

De otra parte, aporta reflexiones adicionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a las condiciones que permiten considerar efectivos los recursos que los ciudadanos, y particularmente las víctimas, tendrán a su alcance para pretender y lograr la protección de sus derechos, frente a lo cual afirma que la imposibilidad de controvertir las aludidas decisiones resta la debida efectividad a los mecanismos que el sistema judicial ofrece a las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos para garantizar sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

4.2. De la Alta Consejería Presidencial para la Reintegración Social y Económica de Personas y Grupos Alzados en Armas

El representante de esta Consejería presentó a consideración de la Corte un extenso escrito, a partir del cual le solicitó declarar exequibles todas las disposiciones demandadas.

4.2.1. Previamente al análisis específico de los cargos de la demanda, el interviniente presenta algunas consideraciones generales que en su opinión son relevantes para entender el contexto dentro del cual tuvo lugar la propuesta y expedición de la Ley 1424 de 2010, de la que hacen parte las disposiciones acusadas.

En primer término, incorpora varios fragmentos de la sentencia C-370 de 2006, por la cual esta corporación decidió sobre la exequibilidad de distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005, conocida como de *Ley de Justicia y Paz*. El propósito de estas citas es resaltar que dentro del contexto de la denominada justicia transicional, dentro del cual se inscribe también la Ley 1424 de 2010, debe hacerse una distinta ponderación de varios de los conceptos planteados en la demanda, teniendo en mente que esas normas persiguen el propósito de lograr la desmovilización voluntaria de los autores de graves delitos con miras a la consecución de la paz, lo que sólo resultaría posible a cambio del ofrecimiento de determinados beneficios a los infractores de la ley penal cuyo sometimiento se pretende.

A continuación plantea también que con esta intención existen actualmente en el derecho colombiano tres distintos sistemas de justicia transicional, dirigidos de manera excluyente y complementaria a diversos tipos de infractores de la ley penal, a saber: i) el inicialmente contenido en la Ley 418 de 1997, que ha sido objeto de sucesivas prórrogas, adiciones y reformas, la última de ellas contenida en la Ley 1421 de 2010, que expresamente excluye de la aplicación de sus beneficios a las personas que hubieren incurrido, entre otros, en delitos de genocidio, secuestro, lesa humanidad o crímenes de guerra; ii) el previsto en la antes referida Ley 975 de 2005 y iii) el recientemente desarrollado por la Ley 1424 de 2010, objeto de la presente demanda. Sobre esos distintos regímenes transcribe apartes de una decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que explica y resalta tales diferencias.

Más adelante presenta un recuento de las incidencias legislativas y judiciales ocurridas durante los años recientes que, en su criterio, habrían determinado el rumbo de la normatividad existente en materia de justicia transicional.

Explica que en su momento la Ley 975 de 2005 fue aprobada con la intención de ofrecer alternativas a las limitaciones existentes en el régimen previsto en la Ley 418 de 1997, que desde sus inicios estuvo dirigida a personas investigadas por delitos políticos y los conexos con éstos, y cuyo campo de acción había quedado aún más restringido por posteriores reformas,

especialmente la contenida en la Ley 788 de 2002. La *Ley de Justicia y Paz* de 2005 tuvo entonces el propósito de ampliar la población que podría acogerse a ese tipo de beneficios, y entre otros cambios incorporó el artículo 71, que ampliaba la definición del delito de sedición, tradicionalmente considerado como delito político, con el fin de abarcar un mayor cúmulo de situaciones.

Indica que si bien este artículo fue prontamente declarado inexecutable por vicios de forma⁶⁴⁹, el mismo continuó siendo aplicado por los jueces y fiscales durante algún tiempo, con apoyo en el principio de favorabilidad, hasta que posteriores decisiones de la Sala de Casación Penal⁶⁵⁰ impidieron continuar esta práctica. Más adelante, otra decisión de la Corte Suprema de Justicia⁶⁵¹ determinó que el tipo penal de concierto para delinquir agravado podría considerarse un delito de lesa humanidad, lo que equiparó la conducta de los simples combatientes a la de los comandantes de los grupos e igualmente redujo las posibilidades de aplicación de tales beneficios.

En vista de estas circunstancias, se expidió entonces la Ley 1312 de 2009, que introdujo reformas puntuales al Código de Procedimiento Penal contenido en la Ley 906 de 2004, una de las cuales tuvo que ver con la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a los desmovilizados cuyo única conducta imputable fuera su pertenencia a la organización armada, norma que sería aplicable principalmente a combatientes rasos, no a comandantes. Sin embargo, esa normativa fue también declarada inexecutable por esta corporación, mediante sentencia C-936 de noviembre 23 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva⁶⁵².

Explica que todas estas situaciones han afectado gravemente la credibilidad en el proceso de desarme y reintegración de grupos de autodefensa, iniciado desde 2005, ante la creciente dificultad del Gobierno Nacional de cumplir las expectativas y compromisos originalmente planteados a las organizaciones cuya desmovilización se pretendía. Ante estas dificultades, el Gobierno impulsó una nueva norma, sancionada como Ley 1424 de 2010, que busca salidas a la situación jurídica de los miembros rasos de las organizaciones desmovilizadas con una perspectiva de justicia transicional, al tiempo que protege los derechos de las víctimas, dentro del marco jurisprudencial desarrollado por la Corte Suprema de Justicia y por esta corporación.

Destaca los logros obtenidos durante los últimos años en los procesos de desarme, desmovilización y reintegración promovidos por el Gobierno Nacional, así como los peligros que podrían afectarlo, resaltando la importancia de garantizar un marco jurídico sólido y seguro, que ofrezca a los miembros de las organizaciones participantes certeza sobre la existencia de salidas distintas a su encarcelamiento, que permitan su reincorporación a la vida civil, sin afectar la garantía de los derechos de las víctimas. Insiste en la necesidad de que la normatividad aplicable diferencie de manera apropiada la situación de los cabecillas o comandantes, de la de aquellos cuyo único delito ha sido su pertenencia a estas organizaciones, quienes en vista de esa circunstancia deberían poder reintegrarse más fácilmente a la vida civil, lo que adicionalmente permitiría a las autoridades judiciales concentrarse en el trámite de los casos de mayor gravedad e impacto para la sociedad.

4.2.2. Al abordar el estudio de los cargos de la demanda, analiza en primer término el dirigido contra el 2° inciso del artículo 4°, relacionado con la imposibilidad de usar como prueba judicial la información de que se tenga conocimiento dentro del marco de los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*, tema frente al cual incorpora algunos comentarios sobre los alcances que la jurisprudencia constitucional e internacional reconocen a los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, reconociendo que el margen de configuración del legislador se encuentra limitado por la necesidad de garantizar esos derechos, que se incrementa en directa proporción a la gravedad de los quebrantamientos cometidos. Resalta también que

⁶⁴⁹ Mediante sentencia C-370 de 2006.

⁶⁵⁰ Cita auto de segunda instancia de julio 11 de 2007, dentro del proceso 26.945.

⁶⁵¹ Cita auto de segunda instancia de abril 10 de 2008, dentro del proceso 29.472.

⁶⁵² Salvaron voto los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

estas garantías no pueden entenderse suspendidas ni derogadas en razón a la existencia de un conflicto interno.

En relación con el denominado *mecanismo no judicial de contribución a la verdad histórica y la reparación*, invoca el artículo 22 de la Constitución Política, según el cual la paz es un derecho y un deber de todos los ciudadanos, por lo cual el Estado debe adoptar políticas públicas encaminadas a restablecer y preservar el orden y la convivencia pacífica.

Explica que para contribuir al logro de la paz, el establecimiento de mecanismos de justicia transicional debe garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y que en nuestro país existe el reto adicional de no haber concluido completamente el conflicto que se busca superar, debiendo entonces sentarse las bases para la preservación y consolidación del sistema democrático y para que esa terminación resulte factible, pronta y sostenible.

Sobre estas bases, afirma que el indicado mecanismo responde a esos propósitos, señala que este instrumento propende por el logro de la verdad, en sus dimensiones individual y colectiva, pues así como las víctimas directas tendrán la posibilidad de saber lo que pasó en su caso concreto, la sociedad podrá también conocer las circunstancias en que ocurrieron los hechos, lo que resulta determinante para asegurar la no repetición de tales conductas, todo lo cual resulta consistente con la jurisprudencia sobre la materia.

Explica que este mecanismo ofrece garantías suficientes para la preservación de los derechos e intereses de todas las partes, tanto las víctimas como los desmovilizados que buscan normalizar su situación jurídica, por lo cual resulta respetuoso de los principios consagrados en los artículos 2º, 29 y 229 de la Constitución y de los preceptos contenidos en los tratados internacionales pertinentes, principalmente la CADH (arts. 4º y 25) y el PIDCP (arts. 14 y 26) que establecen la necesidad de garantizar a las víctimas la disponibilidad de un mecanismo judicial efectivo para la defensa de sus derechos.

Sostiene que dentro de un contexto de justicia transicional, es comúnmente aceptado que no todas las pruebas que respecto de los hechos investigados se acopien sean apreciadas y tengan efecto en el ámbito judicial. En esta misma línea, agrega que no resulta apropiado que toda información suministrada dentro del marco de estos Acuerdos y del comentado *mecanismo* sea objeto de evaluación por las autoridades judiciales, pues ello violaría el debido proceso de quienes la proveyeron, sería contrario a la garantía de no declarar contra sí mismo prevista en el artículo 33 superior e inhibiría la posibilidad de que los desmovilizados entreguen información conducente al esclarecimiento de los hechos y la gradual consecución de una paz duradera, que son los objetivos que dentro del marco de la justicia transicional animaron la aprobación de una iniciativa de este tipo.

Por todo lo anterior, solicita a la Corte desechar el cargo dirigido contra el inciso 2º del artículo 4º de la Ley 1424 de 2010, y proceder en cambio a declarar la exequibilidad de ese precepto.

4.2.3. Seguidamente estudia el segundo cargo de la demanda, dirigido contra apartes de los artículos 6º y 7º de esta misma ley, que establecen la improcedencia de recursos contra las solicitudes de suspensión de órdenes de captura y suspensión en la ejecución de penas previamente impuestas, que formule el Gobierno Nacional ante el juez competente. Al oponerse a este cargo el interviniente propone un análisis integral de estos dos artículos, así como de las razones a partir de las cuales el Congreso optó por dicha improcedencia, motivación que en su entender debe prevalecer, pues nada en ella contradice los postulados constitucionales invocados en la demanda.

En relación con este tema, resalta que los beneficios regulados por los artículos 6º y 7º de la Ley 1424 de 2010 sólo podrán concederse a personas procesadas por los delitos listados en el artículo 1º de la misma Ley, que por regla general no tienen el carácter de crímenes de lesa humanidad. Por ello, afirma que resultaría errado asumir que las víctimas de tales delitos han sufrido lesión de sus derechos humanos, para a partir de ello deducir las conclusiones que plantean los demandantes en relación con la improcedencia de recursos frente a estas decisiones.

De igual manera, subrayan que el otorgamiento de los beneficios previstos en estas normas está sujeto al estricto cumplimiento de los requisitos en ellas previstos, verificación que corresponderá adelantar al juez competente, por lo cual resulta equivocado presumir el desacierto de tales decisiones. Así mismo, sostienen que no puede asumirse que el único escenario que satisface los derechos de las víctimas es el encarcelamiento de los desmovilizados miembros de las organizaciones autoras de tales acciones, frente a la certeza cada vez mayor, existente en muchos países del mundo, sobre el escaso poder resocializador de la reclusión intramural, que demuestra la conveniencia de implementar otro tipo de medidas que no restrinjan la libertad.

Frente al tema del acceso a la justicia y la garantía de un recurso judicial efectivo, transcribe y comenta distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de esta corporación⁶⁵³, en los cuales se resaltaría que esta garantía consiste en la posibilidad de participar durante todas las etapas del proceso, sin perjuicio de lo cual este derecho puede ser objeto de razonable regulación legislativa, como habría ocurrido en el presente caso. Puntualmente señala que estos derechos no implican que deban existir recursos específicos contra determinadas decisiones judiciales, como parecen entenderlo los demandantes⁶⁵⁴.

Resalta además que según lo ha sostenido la Corte Constitucional, el órgano legislativo puede, en ejercicio de su libertad de configuración normativa, determinar autónomamente las etapas y reglas aplicables a los procesos penales, salvo que al hacerlo infrinja las pautas y derechos mínimos que de manera específica garantiza la Constitución. En esta línea, transcribe y explica varias disposiciones de los Códigos de Procedimiento Penal vigentes, las cuales clasifican las providencias judiciales y establecen los recursos que en cada caso proceden, lo que ejemplificaría el ejercicio de esta potestad.

Respecto del contenido preciso de las normas demandadas, el interviniente llama la atención sobre el hecho de que las providencias que estarían desprovistas de recursos no son aquellas mediante las cuales se decide sobre la suspensión de las capturas o de la ejecución de las penas, sino sólo las que disponen poner en conocimiento de las partes e intervinientes la solicitud que en tal sentido haya formulado el Gobierno Nacional, pronunciamientos que, conforme a su naturaleza, fueron definidos por la misma Ley 1424 como autos de sustanciación. Afirma entonces que las normas acusadas no restringen la posibilidad de impugnar las decisiones de fondo acerca de estas solicitudes, las cuales sí podrían ser recurridas por los interesados.

Por lo anterior, este interviniente pide a la Corte declarar la exequibilidad de la frase “*en contra de la cual no procede recurso alguno*”, que hace parte de los artículos 6° y 7° de la Ley 1424 de 2010.

4.2.4. En torno al último cargo de la demanda, relacionado con la inclusión del punible de concierto para delinquir simple o agravado dentro del listado de delitos cuyos autores podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, este interviniente incluye en primer lugar algunos fragmentos de la sentencia C-936 de 2010, en la que esta corporación comenta y acoge la actual línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la posible consideración del concierto para delinquir agravado como delito de lesa humanidad.

Más adelante, resalta que el delito de concierto para delinquir es una conducta autónoma, pues consiste en el acuerdo que varias personas alcanzan para dedicarse a partir de ese momento a la comisión de actividades delictivas, independientemente de que el objeto de dicho acuerdo efectivamente se cumpla o no, y de las circunstancias en que ello tenga lugar. Así, a partir de conceptos contenidos en otros pronunciamientos de la misma Corte Suprema de Justicia, rebate la asimilación deducida más recientemente por ese mismo tribunal, insistiendo en que el calificativo

⁶⁵³ Cita particularmente la sentencia C-454 de 2006 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

⁶⁵⁴ En relación con este aspecto específico, cita dos decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la sentencia correspondiente al caso Cantos vs. Argentina de 28 de noviembre de 2002 y la recaída en el caso Censados del Congreso vs. Perú, de fecha 24 de noviembre de 2006.

de delitos de lesa humanidad, potencialmente aplicable a los delitos cometidos en desarrollo del concierto para delinquir no puede extenderse a este último.

Posteriormente, transcribe y hace suyos extensos apartes del salvamento de voto del Magistrado Humberto Sierra Porto frente a la sentencia C-936 de 2010, en la que se acogió esa tesis, incluyendo algunas referencias sobre la historia del concepto *delitos de lesa humanidad*, así como fragmentos del texto del Estatuto de Roma, constitutivo de la Corte Penal Internacional y de otros tratados, de los cuales resultaría la imposibilidad de asignar este calificativo a la sola asociación para delinquir.

Finalmente señala que la asimilación contenida en los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal, que es fundamento esencial de este último cargo de inconstitucionalidad, vulnera el principio de legalidad previsto en el artículo 29 superior y en varias estipulaciones de tratados internacionales relevantes, al deducir frente a ciertos delitos consecuencias jurídicas no conocidas ni imaginables al momento de su comisión. Igualmente, afirman que esta práctica es también contraria al principio de confianza legítima, derivado del artículo 83 de la Constitución Política, y reconocido por la jurisprudencia de esta corporación, en cuanto su aplicación supone desconocer importantes presupuestos de los procesos de desmovilización que en su momento quedaron planteados y que se consideraron determinantes para la prosperidad de éstos.

Así las cosas, después de cuestionar en su integridad el fundamento del cargo dirigido contra la expresión *concierto para delinquir simple o agravado*, contenida en el artículo 1° de la Ley 1424 de 2010, este interviniente pide a la Corte declarar su exequibilidad.

4.3. Del Centro Internacional para la Justicia Transicional – ICTJ

Esta organización internacional, obrando por conducto de dos ciudadanos colombianos, uno de ellos su representante legal en el país, intervino en calidad de *amicus curie* para expresar su opinión sobre la exequibilidad de las disposiciones acusadas, previa una breve presentación sobre la naturaleza de esa entidad y sobre los objetivos de su actual trabajo en Colombia.

Antes de referirse a los cargos de la demanda, realizan algunas reflexiones en torno al contexto en que, en su criterio, fue propuesta y aprobada la Ley 1424 de 2010, de la cual hacen parte los preceptos demandados.

Explican que esta Ley fue tramitada, en muy corto tiempo, durante los meses de noviembre y diciembre de 2010, como respuesta a la inexecutable de una norma contenida en la Ley 1312 de 2009 que permitía la aplicación del principio de oportunidad a desmovilizados de grupos armados al margen de la ley que cumplieran determinadas condiciones, con el argumento de resolver la situación jurídica de las personas afectadas por esa sentencia.

En la misma línea, se refieren a otras normas que con ese mismo propósito quedaron incorporadas en la Ley 975 de 2005, particularmente aquella que catalogaba como sedición, y por lo tanto delito político, las acciones de conformación de grupos guerrilleros o de autodefensa. Menciona también las decisiones que a ese respecto profirió la Rama Judicial, en especial la sentencia C-370 de 2006 que declaró inexecutable tal precepto, y la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de julio de 2007, según la cual la conducta de los paramilitares no puede ser considerada como delito político, siendo ellos responsables, al menos, del delito de concierto para delinquir agravado.

Señalan que al proponer y aprobar este proyecto, el Gobierno presenta como extremadamente grave la situación derivada de las decisiones judiciales antes referidas, afirmando que una gran cantidad de personas comprometidas con los procesos de desmovilización estarían en un limbo jurídico, frente al cual urge plantear alternativas. Consideran, en cambio, que sí existen opciones para el procesamiento de esas personas, entre ellas las previstas en el régimen penal ordinario,

así como en la Ley 975 de 2005, lo que implicaría la imposición de penas moderadas, situaciones todas que resultarían beneficiosas para aquéllos.

También se refieren a la existencia de generalizaciones e imprecisiones en torno a las situaciones que justificaban la aprobación de este proyecto, entre ellas la falta de claridad en torno al número de desmovilizados cuya situación jurídica requería alternativas de este tipo, y la amplia diversidad de escenarios existente tras esa aparente uniformidad de circunstancias. Llamen la atención, por ejemplo, sobre el hecho de que la inexistencia de procesos contra algunos de ellos no necesariamente significa que no han cometido conductas punibles, pudiendo en muchos casos responder simplemente a falta de pruebas para su procesamiento o a otras situaciones igualmente constitutivas de impunidad, así como sobre el hecho de que no todas las personas que han sido presentadas como desmovilizados pertenecían a las organizaciones que se afirma, casos en los cuales estarían recibiendo beneficios jurídicos injustificados.

Más adelante, estos intervinientes plantean algunas reflexiones sobre el contenido de la Ley 1424 de 2010, sobre la cual afirman que pese a las intenciones expresadas en su artículo 1°, no protege debidamente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación ni observa los criterios propios de un verdadero instrumento de justicia transicional. Destaca que todo el sistema desarrollado a lo largo de esta ley busca asegurar que las personas procesadas o condenadas por estos delitos no tengan que ser privadas de la libertad, objetivo que afecta los derechos de las víctimas e incluso el derecho a la igualdad en perjuicio de éstas, pues se centra exclusivamente en la situación y los intereses de los victimarios.

Por lo anterior, afirman que la Ley 1424 de 2010 resulta contraria a los artículos 1°, 2°, 5°, 29, 93, 94 y 229 de la Constitución Política, y 1°, 2°, 8° y 25 de la CADH.

Frente al contenido de los artículos 2° a 4°, los cuales regulan lo relativo a los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación* y al llamado *Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica* señala que esas figuras carecen de mecanismos que permitan contrastar la veracidad de los hechos y circunstancias confesados, los cuales son aceptados y producen efectos jurídicos favorables a quienes hubieren provisto la información, sin haber sido objeto de verificación. De igual manera señala que al no haberse regulado las consecuencias de una confesión insuficiente o reticente no existe un estímulo efectivo para que estas diligencias cumplan su propósito, lo que traerá como resultado una verdad incompleta, resultante de la sola voluntad de los desmovilizados beneficiados, y que por lo mismo no representa verdadera garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

De otra parte, reproducen algunas de las consideraciones que este tribunal tuvo en cuenta en su sentencia C-936 de 2010 para declarar inexecutable la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad a los desmovilizados de grupos armados al margen de la ley, a efectos de resaltar las condiciones que los mecanismos judiciales deben cumplir para ser considerados conformes al principio que obliga al Estado a ofrecer instrumentos realmente efectivos para la defensa de los derechos de las víctimas. A partir de esas precisiones resaltan que los trámites previstos en la Ley 1424 de 2010 buscan facilitar al extremo la obtención de la libertad por parte de los sujetos desmovilizados, dejando en segundo plano el derecho de las víctimas a lograr verdad, justicia y reparación.

Sostienen también que la Ley 1424 de 2010 y particularmente sus artículos 6° y 7° no prevén mecanismos a partir de los cuales las víctimas puedan participar de manera efectiva, y llegado el caso, oponerse a la concesión de los beneficios solicitados por el Gobierno a favor de los desmovilizados, lo que puede constatarse a partir de la total ausencia de referencias al respecto y también de la regla establecida en ambos artículos sobre la improcedencia de recursos contra las solicitudes del Gobierno en este sentido. Afirman que por esta razón la ley parcialmente acusada contiene en realidad un mecanismo de denegación de justicia.

En línea semejante, afirman que esas normas tampoco contienen mecanismos que aseguren la reparación debida a las víctimas de los delitos cometidos, que conforme a su naturaleza (los previstos en el artículo 1° de esta ley) debe entenderse que es la sociedad entera. Ello por cuanto, las escasas obligaciones que los interesados deberán cumplir para tener derecho a los beneficios regulados por esta ley, entre ellos estar cumpliendo su ruta de reintegración, ejecutar actividades de servicio social con las comunidades que los acojan, e incluso la relativa a reparar integralmente los daños ocasionados por los delitos por los cuales fue condenado carecen de mecanismos de verificación, con lo cual no se observan las condiciones que esta corporación ha señalado para que la reparación pueda ser considerada integral⁶⁵⁵.

De otro lado, señalan que los artículos 1°, 2°, 3°, 6° y 7° de esta ley vulneran el principio constitucional de separación de poderes, pues atribuyen al Gobierno Nacional la verificación de importantes aspectos que tendrán determinante incidencia en la concesión de los beneficios allí previstos, y que por su naturaleza deberían ser decididos por los jueces. Entre esos aspectos citan, entre otros, el hecho de no haberse cometido delitos diferentes a los previstos en el artículo 1°, la seriedad del compromiso demostrado por el postulante y el alcance de su contribución al proceso de esclarecimiento sobre la conformación de los grupos armados ilegales, el contexto de su participación y otros semejantes. Afirma que la gran relevancia de las funciones que esta ley asigna al Gobierno en todos esos campos anula y desplaza la acción de las autoridades judiciales en relación con tales temas, lo que resulta contrario al antes indicado principio constitucional.

Respecto del inciso 2° del artículo 4° y la regla que allí se establece sobre la imposibilidad de utilizar en procesos judiciales la información provista por los sujetos que suscriben los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*, consideran que ello configura una obstrucción a la justicia y desconoce el deber del Estado de investigar en toda su extensión los hechos de grave violación de los derechos humanos. Afirman que este mandato resulta contrario a lo establecido en los artículos 8° y 25 de la CADH, conclusión que se vería reafirmada por varios pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Señalan además que constituye un contrasentido que en caso de que con ocasión de la suscripción de estos acuerdos surja evidencia relevante de hechos violatorios de los derechos humanos, ella deba ser desechada y no tenida en cuenta en la determinación de las responsabilidades consiguientes. Sobre este tema refiere algunas experiencias del derecho comparado, concretamente de procesos de reconciliación adelantados en el pasado reciente en Argentina y en Sudáfrica, en las que se procedió a perdonar o se renunció a investigar graves violaciones a los derechos humanos, lo que condujo a la inestabilidad y poca eficacia de tales procesos y motivó que años después se hiciera necesario disponer la reapertura de las respectivas investigaciones.

Finalmente, indican que el texto de la Ley 1424 de 2010 es extremadamente breve y escueto en lo relacionado con los derechos de las víctimas, lo que podría conducir a que tales vacíos sean suplidos mediante decretos reglamentarios que a la postre desvirtúen su supuesta intencionalidad. Por esas razones concluyen solicitando que la Corte Constitucional que declare la inconstitucionalidad de varias de sus disposiciones o module su contenido con el fin de evitar un retroceso enorme en relación con lo avanzado en el proceso de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, iniciado con la expedición de la Ley 975 de 2005.

4.4. Del Ministerio del Interior y de Justicia

Este Ministerio intervino, por conducto del Viceministro de Justicia y del Derecho para solicitar a la Corte que declare exequibles todas las disposiciones de la Ley 1424 de 2010 aquí demandadas. También en este caso la consideración concreta de los cargos de inconstitucionalidad está precedida de una extensa contextualización previa.

⁶⁵⁵ En este punto citan entre otras la sentencia C-454 de 2006 (M. P. Jaime Córdoba Triviño).

Inicialmente, realiza una reflexión sobre el concepto de justicia transicional y las circunstancias en que las sociedades deben optar por este tipo de mecanismos, resaltando el hecho de que ello siempre supone la toma de delicadas decisiones de carácter político, la principal de las cuales estaría relacionada con el grado de impunidad que resultaría aceptable para la sociedad siempre que a cambio se obtenga la reconciliación de los bandos antes enfrentados, así como una pacificación duradera y sostenible. También compara los modelos denominados de justicia penal retributiva y justicia restaurativa, resaltando que mientras los primeros hacen énfasis en la sanción de las personas responsables, los segundos atienden especialmente a la situación de las víctimas, bajo el entendido de que lo que más interesa y conviene a éstas no es necesariamente el castigo o expiación de los victimarios sino la reparación integral del daño o perjuicio sufrido.

Sobre estas bases anota que dentro de los sistemas de justicia transicional resulta más adecuado el enfoque restaurativo que el retributivo, pues este último tiende a mantener los roles de vencedores y vencidos, alimenta la idea de que la justicia tiene propósitos vindicativos y supone la activa participación de los victimarios en un proceso que sólo puede conducir a su sanción, resultados que suelen ser opuestos a los propósitos de la justicia transicional.

Seguidamente analiza varias experiencias del entorno internacional durante las décadas recientes, de las cuales podría apreciarse cuál es el balance correcto entre la aplicación de mecanismos de sanción penal o de carácter restaurativo, entre ellos los de Ruanda, Sudáfrica, El Salvador y Chile. Según afirma a manera de conclusión, todas ellas han dejado algún grado de insatisfacción entre los sectores involucrados en cada uno de tales países, posiblemente por haber privilegiado de manera desproporcionada alguno de los distintos componentes de los procesos de transición, en el primer caso el enfoque retributivo y en los demás el perdón de los victimarios. Concluye este punto señalando que en razón a esos resultados, todos adversos al menos para algunos sectores de la población, se recomienda asumir esos procesos desde un enfoque holístico y equilibrado que consulte y pondere de manera adecuada esos distintos intereses.

A continuación y en esta misma línea aborda el que, en su concepto, sería el actual balance de la situación en Colombia, particularmente en lo que atañe a los derechos de las víctimas. Este aparte comienza por explicar las distintas dificultades que afectarían la posibilidad de realizar el juzgamiento completo y exhaustivo de todas las personas involucradas desde distintas posiciones en los hechos de violencia atribuidos a las organizaciones armadas al margen de la ley. Más adelante incorpora fragmentos jurisprudenciales de esta corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como apartes del Conjunto de Principios actualizados para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad⁶⁵⁶, en los cuales se insiste en la necesidad de ponderar los distintos intereses en juego y de evitar las posturas extremas que privilegien uno de estos enfoques sobre el otro.

En este punto señala también que las normas que en años recientes han regulado estas materias han procurado observar estos criterios, así como los estándares obligatorios resultantes de los tratados internacionales ratificados por Colombia. A manera de ejemplo, señala que la Ley 418 de 1997 y aquellas que la han prorrogado, modificado y adicionado se aplican únicamente a los autores de delitos políticos y los conexos con ellos; que la Ley 975 de 2005 si bien va dirigida a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario establece un procedimiento especial para investigar y juzgar tales delitos y la imposición de sanciones adecuadas para las personas responsables; y que la reciente Ley 1424 de 2010 aquí parcialmente demandada sólo admite el otorgamiento de beneficios jurídicos en la medida en que los interesados satisfagan los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

⁶⁵⁶ Documento aprobado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas durante su 61º período de sesiones en el año 2005.

Concluidas estas reflexiones, y al abordar los cargos de la demanda, se refiere en primer término al cuestionamiento del inciso 2° del artículo 4° del cual resulta la imposibilidad de usar como prueba judicial la información conocida con ocasión de la negociación y suscripción de los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*. Sobre este tema plantea tres razones para oponerse a la prosperidad del cargo, a saber: i) la necesidad de respetar el margen de configuración normativa reconocido al legislador por la norma superior, particularmente en lo que atañe a la determinación del régimen probatorio; ii) el hecho de que esta restricción no impediría la investigación, juzgamiento y sanción de las conductas constitutivas de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario; iii) el hecho de que reconocerle valor probatorio a informaciones que no han sido recaudadas dentro del marco de un proceso ni contrastadas dentro del mismo violaría el derecho al debido proceso de las personas a que ellas se refieren.

Al explicar estas razones, señala que una norma establecida por el órgano legislativo en ejercicio de su autonomía sólo podría ser declarada inexecutable si resulta manifiestamente desproporcionada o irrazonable. En su concepto, ello no ocurre en este caso, pues la regla sobre imposibilidad de utilizar en juicio este tipo de información obedece a la intención de estimular la contribución de los desmovilizados al esclarecimiento de la verdad histórica, en interés de las víctimas, propósito que se dificultaría gravemente si esa información pudiera luego ser usada en contra de la persona que la suministró o de miembros de su organización. Por ello considera que esta regla resulta proporcionada frente a la intención que persigue, la cual tiene además claro sustento constitucional.

Indica también que la búsqueda de la verdad histórica mediante mecanismos como los previstos en los artículos 2° a 4° de esta ley no se opone al establecimiento de la verdad en el ámbito judicial, pues según las reflexiones que previamente planteó, el éxito de un modelo de justicia transicional radica en una adecuada combinación de instrumentos de carácter retributivo y de tipo restaurativo. Así, aunque la regla comentada privilegia este último, nada en la Ley 1424 de 2010 impide que paralelamente se adelanten los procedimientos necesarios para el establecimiento de la verdad procesal y la deducción de las responsabilidades consiguientes.

Finalmente, señala que la posibilidad de hacer valer pruebas surgidas dentro de un entorno no judicial en ámbitos de esa naturaleza violaría el derecho al debido proceso garantizado por la Constitución, en cuanto no resulta posible apreciar de manera adecuada una prueba recaudada bajo circunstancias tan diferentes. Además de ello resalta que la persona que suministra información dentro de un ámbito no judicial lo hace con la desprevenimiento propia de tales espacios, y sin las formalidades y cuidados propios de los trámites judiciales, lo que acentúa la inconveniencia de dar ese uso a sus declaraciones.

En relación con el segundo cargo, invoca también el principio de autonomía legislativa, indicando que según lo ha reconocido la jurisprudencia, éste es especialmente amplio en lo que atañe al señalamiento de los recursos procedentes al interior de las actuaciones judiciales, siempre que ello se haga dentro de criterios de racionalidad y proporcionalidad, como en su entender ocurre en este caso.

Bajo el supuesto de que la imposibilidad de interponer recursos se refiere a las decisiones de suspender las órdenes de captura o las penas previamente impuestas, considera el interviniente que esa determinación legislativa atiende a la necesidad de facilitar la suscripción de los ya referidos *Acuerdos*, propiciar el esclarecimiento de la verdad histórica, y lograr garantías efectivas de no repetición de las conductas, por lo cual habrá de considerarse una medida proporcionada a esos fines constitucionales.

De igual manera considera que esa improcedencia de recursos no obstaculiza el derecho de acceder a la justicia ni de contar con un recurso judicial efectivo, pues ninguno de estos conceptos supone necesariamente que los responsables de actos delictivos sean sancionados con su reclusión intramuros, menos aún, que durante la investigación se apliquen medidas de

aseguramiento con este mismo contenido. Resalta que dentro de un contexto de justicia transicional resulta válido que la responsabilidad de los infractores tenga efectos distintos a los estrictamente carcelarios, por lo que la decisión legislativa que impide recurrir decisiones que les otorguen la libertad no resulta inconstitucional.

Frente al tercer y último cargo, relacionado con la inclusión del delito de concierto para delinquir simple y agravado dentro de aquellos cuyos autores podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley invoca también la autonomía normativa del legislador para establecer las reglas aplicables dentro de los procesos de justicia transicional. Al mismo tiempo, insiste en que esta norma, tanto como todas las demás que conforman la Ley 1424 de 2010 pretende facilitar el logro de los objetivos de ese modelo, dentro de los cuales se destaca la salvaguarda de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Anota también que la posibilidad de acceder a los beneficios previstos en esta ley no implica una completa exclusión de responsabilidad penal, pues los autores de las conductas previstas en el artículo 1° deberán ser investigados y juzgados por tales delitos, aun cuando en desarrollo de tales procesos puedan hacerse acreedores a esos beneficios, circunstancia que a su entender, garantiza los derechos de las víctimas dentro del ya indicado contexto de justicia transicional.

Finalmente, en lo que atañe a la supuesta vulneración del principio de igualdad en cuanto los delincuentes sujetos al régimen penal ordinario no pueden acceder a beneficios comparables a los explicados, resalta que entre ellos y los sujetos a quienes se dirige la Ley 1424 de 2010 existen importantes diferencias fácticas que justifican el distinto tratamiento normativo que la ley les asigna.

Con base en estas consideraciones, concluye solicitando a la Corte declarar exequible la inclusión del tipo penal de concierto para delinquir simple y agravado dentro de los delitos cuyos autores podrán gozar de los beneficios previstos en la Ley 1424 de 2010.

4.5. De la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación

Este organismo se pronunció, mediante concepto suscrito por su Coordinador Ejecutivo, en el que propone a la Corte declarar condicionalmente exequibles las disposiciones acusadas. Como en otros casos, esta opinión va precedida de una breve reflexión previa que incorpora la visión de esta institución sobre los hechos que condujeron a la expedición de la Ley 1424 de 2010.

El interviniente menciona, en su orden, los siguientes hechos: i) la posibilidad establecida en el artículo 13 de la Ley 782 de 2002 y reglamentada por el Decreto 128 de 2003, de que los desmovilizados fueran beneficiarios de indulto o de otros beneficios jurídicos, siempre que los hechos por los cuales estuvieren siendo procesados o hubieren sido condenados pudieran catalogarse como delitos políticos; ii) la regla contenida en el artículo 71 de la Ley 975 de 2005 que asimilaba al tipo penal de la sedición la situación de los miembros de las guerrillas y grupos de autodefensa, y la posterior decisión de esta Corte⁶⁵⁷ de declarar inexecutable ese artículo por vicios de forma; iii) la decisión de la Sala de Casación Penal de 11 de julio de 2007 en la cual se señaló que la participación en la conformación de grupos paramilitares no es asimilable al delito de sedición; iv) la aprobación de la Ley 1312 de 2009 por la cual se hizo factible aplicar el principio de oportunidad a estas mismas personas y su declaratoria de inexecutable mediante sentencia C-936 de 2010, de la cual se transcribieron algunas consideraciones; v) la aprobación de la Ley 1424 de 2010, con la cual se pretendió ofrecer una alternativa jurídica a los miembros de los grupos armados al margen de la ley que se desmovilicen.

A continuación, señala que esta ley debe entenderse como un instrumento válido desde la perspectiva de la justicia transicional, siempre que se garanticen de manera adecuada los derechos de las víctimas y se produzca una verdadera contribución a la reconstrucción de la memoria histórica, en cuanto el denominado mecanismo no judicial debe conducir al

⁶⁵⁷ Sentencia C-370 de 2006.

esclarecimiento del contexto en el que actuaron los grupos armados al margen de la ley, y esa información se haga de conocimiento público.

Más adelante, realiza algunas consideraciones en torno al contenido de los artículos parcialmente demandados, referidos a la totalidad de tales textos y no únicamente a los apartes demandados.

En relación con el artículo 1° que establece el campo de aplicación de esta ley, se refiere concretamente a la frase “*que hubieren incurrido únicamente*”, de cuya comprobación depende la posibilidad de que personas específicas puedan o no ser objeto de los beneficios previstos en esta ley. A este respecto señala que la verificación de las pruebas y antecedentes necesarios deberá realizarla la Fiscalía General de la Nación, pues ese es el organismo en el cual recae, por mandato constitucional la responsabilidad de investigar los delitos. Señala también, citando pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que esta tarea deberá asumirse de manera seria y exhaustiva, y no como una mera formalidad de incierto resultado.

Como conclusión propone que el artículo 1° se declare condicionalmente exequible, bajo el entendido de que esa verificación sea adelantada por la Fiscalía General de la Nación, que su resultado debe permitir concluir más allá de toda duda razonable que las personas postuladas sólo incurrieron en los delitos allí previstos, y que con el fin de resguardar los derechos de las víctimas, éstas puedan hacer parte y ser oídas dentro de ese proceso.

Respecto del artículo cuarto, considera que si bien la información recogida dentro del *Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica* no se recauda con el propósito de ser utilizada en los ámbitos procesales, no existe un fundamento jurídico válido para impedir que los funcionarios judiciales adelanten las investigaciones a que pudiera haber lugar como resultado de esas informaciones. Por ello, propone a la Corte que este artículo se declare exequible, bajo la advertencia de que en caso de que con ocasión de este mecanismo se obtenga información sobre violaciones a los derechos humanos y/o infracciones al DIH, la misma deberá ser remitida con carácter urgente a las autoridades judiciales competentes para iniciar la correspondiente investigación.

Por último, señala que los mecanismos previstos en los artículos 6° y 7° de esta ley equivalen materialmente a una amnistía o un indulto, figuras que como ha explicado esta corporación, son objeto de un preciso y cuidadoso tratamiento constitucional, y sólo pueden beneficiar a personas que hubieren cometido delitos políticos, situación que según se ha explicado, no es la que se presenta en este caso. A partir de esta reflexión, deja a consideración de la Corte la conclusión final sobre la exequibilidad de estos mecanismos.

Sin embargo, al margen de este aspecto, precisa que dado que las decisiones previstas en estos artículos que no podrán ser impugnadas, son aquellas en las que se pone en conocimiento de los interesados la solicitud que el Gobierno Nacional hubiere hecho en el sentido de que se conceda uno de estos beneficios a una determinada persona, esta regla de derecho no resulta contraria a la Constitución, pues se trata de un simple acto de comunicación, y no de una decisión de fondo sobre el otorgamiento de tales beneficios. Advierte en todo caso que la Corte deberá dejar en claro que tales decisiones finales sí deberán ser objeto de recursos por parte de las personas interesadas en oponerse a ellas.

Por último, se pronuncia a favor de la permanencia de la Ley 1424 de 2010, la que considera puede ser un adecuado mecanismo de reconciliación y justicia transicional, siempre y cuando la Corte realice los condicionamientos antes indicados con el fin de resguardar adecuadamente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

4.6. De los ciudadanos Julián Álvarez Ruiz y Angélica del Pilar Suárez Mendoza

Estos ciudadanos presentaron de manera conjunta un escrito en calidad de *amicus curiae*, en el que realizan algunas reflexiones sobre el contexto y contenido de las disposiciones demandadas, que solicitaron a la Corte tener en cuenta al momento de decidir sobre la exequibilidad de la Ley 1424 de 2010.

En primer término, relatan también las incidencias ocurridas a partir de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de julio 11 de 2007, la posterior aprobación de la Ley 1312 de 2009, la declaratoria de inexecutable del artículo de ésta que permitía la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de los grupos paramilitares⁶⁵⁸ y la subsiguiente tramitación de la norma que vino a ser sancionada como Ley 1424 de 2010, la que según lo planteado por el Gobierno Nacional, pretendía superar el limbo jurídico en que habrían quedado sumidas tales personas como consecuencia de lo decidido en esa última sentencia de esta corporación.

Seguidamente, formulan algunas otras consideraciones generales sobre el contexto y contenido de esta norma, con especial referencia a los preceptos aquí demandados. Señalan que la Ley 1424 de 2010 pretende instaurar mecanismos de justicia transicional, cuando en realidad el país no se encuentra aún en una verdadera transición post-conflicto, lo que distorsiona el efecto que ese tipo de medidas estarían llamadas a tener. Anotan que en esas condiciones, esta ley no garantiza el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. También llaman la atención sobre el hecho de que los delitos supuestamente menores cuyos autores podrán gozar de los beneficios previstos en esta ley, podrían incluir graves actos de violación de los derechos humanos.

Respecto de la figura prevista en el artículo 4° de la ley parcialmente acusada, critican el hecho de que la información surgida respecto de este mecanismo no judicial no pueda ser luego tenida en cuenta en un proceso de esa naturaleza, lo que podría conducir a que, mediante el relato parcial y amañado de hechos graves, y so pretexto de contribuir al esclarecimiento de la verdad, se evite de manera definitiva la investigación y sanción de tales hechos.

En torno a la inclusión del concierto para delinquir simple o agravado dentro de los delitos cuyos autores podrán acceder a los beneficios previstos en esta ley, recuerdan que según la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia, esta conducta podría, bajo determinadas condiciones, ser considerada como un delito de lesa humanidad, con lo que el aparte del artículo 1° que así lo contempla sería contraria a los desarrollos jurisprudenciales de esta corporación y del máximo tribunal ordinario, así como a varias normas pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, señalan que las normas que permiten que por solicitud del Gobierno Nacional se suspendan las órdenes de captura o las condenas judiciales previamente impuestas a los desmovilizados constituyen una indebida presión del Ejecutivo sobre la Rama Judicial, que afecta la separación de poderes así como la autonomía e independencia de los jueces, máxime cuando la norma prevé que ninguna persona interesada podrá interponer recurso contra la decisión del Gobierno de solicitar tales beneficios.

4.7. De los ciudadanos Martín Enrique Rangel, Ana Milena Riveros Ramos, Didier Andrés Ducuara Mora y Ricardo Alfonso Ramírez Robayo

Este grupo de ciudadanos presentó también un memorial conjunto en el que solicitó a la Corte declarar exequibles los preceptos acusados. Previamente y con este propósito, afirman que la Ley 1424 de 2010 es un instrumento válido para el logro de la verdad histórica y para la reconciliación.

⁶⁵⁸ Sentencia C-936 de 2010.

En relación con el inciso 2° del artículo 4°, explican que según lo ha reconocido la jurisprudencia de esta corporación, el derecho de acceder a la administración de justicia se satisface de varias posibles maneras y no únicamente a través de las vías procesales. Así, consideran que aun cuando no resulte posible invocar como prueba judicial los testimonios o informaciones provistas dentro del marco de este mecanismo, ello no menoscaba al derecho de las víctimas de acceder a la justicia, pues además el referido mecanismo tendrá un poderoso efecto en el logro de los objetivos de esta ley.

Respecto de la frase cuestionada dentro del texto de los artículos 6° y 7°, precisan que las decisiones no susceptibles de recurso serán sólo aquellas en que se pone en conocimiento de las partes la solicitud que en cada caso haya formulado el Gobierno Nacional, y no la decisión final de los jueces frente a tales solicitudes, las que entienden, sí podrán ser impugnadas. Por lo anterior, consideran que esta regla se ajusta a la Constitución.

Acerca de la glosa formulada frente a la inclusión del concierto para delinquir simple o agravado dentro del listado previsto en el artículo 1° de esta ley, citan un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en el que se resalta el elemento intencional que resulta necesario en relación con este y con cualquier otro delito. A partir de esta premisa, alegan que no es posible afirmar que todo sujeto perteneciente a los grupos de autodefensa conoce y comparte los objetivos de tales grupos al margen de la ley, especialmente si se tiene en cuenta el fenómeno del reclutamiento forzado, de amplia ocurrencia en el país.

En esa misma línea, controvierten la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el delito de concierto para delinquir sería catalogable como un delito de lesa humanidad, a propósito de lo cual citan y respaldan las reflexiones suscritas por varios miembros de esta corporación⁶⁵⁹ en el salvamento de voto por ellos presentado frente a la sentencia C-936 de 2010. Desde esta perspectiva, concluyen que la inclusión de este delito dentro de los previstos en el artículo 1° de esta ley no es contraria a la Constitución.

4.8. De la Corporación Jurídica Libertad

Esta organización, obrando por conducto de uno de sus integrantes, presentó un escrito en el que efectúa algunas consideraciones y adhiere a lo planteado por los actores en relación con lo acusado de los artículos 1° y 4°.

En relación con la regla que excluye la posibilidad de invocar en los ámbitos judiciales la evidencia surgida dentro del llamado *Mecanismo no Procesal de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica*, afirmó que este mandato es contrario al artículo 1° constitucional, en cuanto menoscaba la dignidad humana de las víctimas del conflicto, las cuales deberán resignarse al dudoso logro de la verdad histórica, pero renunciando a la efectividad de sus derechos a la justicia y la reparación, e incluso la verdad. Señala que pese al loable propósito de reconciliación que esta ley persigue, las víctimas pagarían un precio demasiado alto a cambio de unos logros extremadamente inciertos.

Respecto de la inclusión del delito de concierto para delinquir simple o agravado dentro del listado previsto en el artículo 1° de la Ley 1424 de 2010, este interviniente transcribe e invoca los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que han señalado que este delito puede ser considerado un crimen de lesa humanidad, caso en el cual resultaría inaceptable que a sus autores se les concedieran beneficios como los previstos en esta ley.

Señala que frente al desarrollo reciente del conflicto colombiano, es evidente que los integrantes de los grupos de autodefensa contaron con apoyo paraestatal en la organización y comisión de los actos que se les imputan, y tenían plena conciencia y conocimiento de sus circunstancias, razones

⁶⁵⁹ Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Humberto Antonio Sierra Porto, Mauricio González Cuervo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

por las cuales las personas acusadas por este delito no deberían obtener los generosos beneficios desarrollados por esta ley.

4.9. Intervenciones extemporáneas

Una vez vencido el término de fijación en lista se recibieron cuatro escritos más, remitidos por la Fiscalía General de la Nación y por las Facultades de Derecho de las Universidades Pontificia Javeriana, del Rosario y del Norte.

En el primero de estos escritos, enviado por la Jefe de la Oficina Jurídica del ente acusador se solicitó declarar inexecutable el 2º inciso del artículo 4º y executable las demás normas demandadas. Por su parte, las intervenciones presentadas por sendos profesores de las Universidades Javeriana y del Rosario pidieron a la Corte declarar la executable de todos los preceptos acusados, mientras que el de la Universidad del Norte de Barranquilla solicitó su inexecutable.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En concepto N° 5160 de fecha junio 1º de 2011 el jefe del Ministerio Público solicitó a esta corporación inhibirse de decidir sobre la demanda dirigida contra fragmentos de los artículos 1º, 4º, 6º y 7º de la Ley 1424 de 2010.

En primer término, después de transcribir el texto completo de las normas acusadas y de plantear un breve resumen de los cargos de inconstitucionalidad, el Procurador General se refiere a la sentencia C-1052 de 2001, uno de los principales pronunciamientos en los que esta corporación ha desarrollado los requisitos que deben observarse para que este tribunal pueda decidir de fondo sobre lo planteado en las demandas, los cuales han sido compendiados bajo los conceptos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

La vista fiscal considera que en el presente caso no se cumplen esos requisitos. En relación con el tema señala que los argumentos que presentan los actores *“(i) no permiten hacer un contraste directo y objetivo entre las normas demandadas y las normas constitucionales invocadas; (ii) no constituyen auténticos reproches constitucionales, sino que se basan en interpretaciones subjetivas, doctrinales y jurisprudenciales de las normas constitucionales invocadas para suponer hipótesis y eventualidades que superan el texto literal de las mismas; (iii) omiten dar cuenta de datos y hechos relevantes sobre las normas parcialmente demandadas y, por ello, se dirigen contra proposiciones deducidas por los actores y no contra proposiciones jurídicas reales y existentes”*.

En todo caso, en adición a estos planteamientos, incluye estas reflexiones:

En primer término advierte que no existe ni en la Constitución ni en los tratados internacionales invocados, precepto alguno que impida al legislador expedir normas como las aquí cuestionadas, lo cual considera válido en aplicación del principio de libre configuración de la ley, especialmente si ello se hace en atención a objetivos como los anunciados en el artículo 1º de esta ley, los cuales transcribe. En esta línea, señala que el legislador es plenamente autónomo para otorgar beneficios judiciales o investigativos, aún en materia criminal y para determinar los procedimientos aplicables en cada caso.

Respecto de la parte cuestionada en el texto del artículo 1º, sostiene que la Ley 1424 de 2010 no establece beneficio alguno para los responsables de graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, ya que ninguno de los delitos listados en ese artículo tiene esa connotación conforme al derecho internacional. Agrega que la interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha realizado recientemente respecto del concierto para delinquir no es suficiente para modificar esta realidad, y que en esa medida no resulta posible especular sobre la inexecutable de esta norma.

En relación con el cargo dirigido contra el 2° inciso del artículo 4° resalta que este mecanismo busca precisamente materializar el derecho de las víctimas a conocer la verdad, razón por la cual no se entiende cómo esa restricción podría considerarse contraria a ese derecho, ni tampoco al derecho de las víctimas a obtener reparación. De otra parte, anota que la referida regla es necesaria para el éxito y sostenibilidad del proceso de reconciliación que se pretende, pues si no existe un estímulo de esta naturaleza, los miembros de las organizaciones armadas no tendrían razón para participar de este proceso.

Finalmente, en lo que atañe a la frase cuestionada en el texto de los artículos 6° y 7°, resalta el Procurador que el señalamiento de los recursos procedentes contra las distintas decisiones judiciales es un tema del exclusivo resorte del legislador, que por lo tanto no podría cuestionarse por su inconstitucionalidad. De otra parte, subraya que los mismos artículos acusados precisan que la decisión final sobre concesión o negación de los beneficios solicitados será notificada a las partes e intervinientes, y que las decisiones que por efecto de estas normas son inimpugnables son meros actos de comunicación de las solicitudes formuladas por el Gobierno, los cuales resultaría desproporcionado pretender controvertir por parte de las víctimas.

Pese a las anteriores consideraciones, el Procurador General concluye reiterando su solicitud de que la Corte se declare inhibida para decidir respecto de esta demanda.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta corporación es competente para conocer de la presente demanda de conformidad con lo previsto en el artículo 241 numeral 4° de la Constitución, puesto que las disposiciones acusadas hacen parte de una ley de la República.

2. Los problemas jurídicos planteados.

Como se explicó, los actores consideran que los apartes demandados de la Ley 1424 de 2010 vulneran varios preceptos constitucionales relacionados con el acceso a la justicia y el alcance de los derechos de las víctimas de ciertos hechos punibles a la verdad, la justicia y la reparación. Lo anterior por cuanto las reglas que allí se establecen permitirían otorgar a los autores y/o determinadores de graves delitos y violaciones a los derechos humanos, ventajas y beneficios que resultarían desproporcionados frente a la gravedad de sus acciones, y que en la misma medida, restringirían el derecho que las víctimas tienen a conocer la verdad sobre las circunstancias en que ocurrieron los hechos, a obtener justicia mediante el castigo de las personas responsables y a recibir la plena reparación de los perjuicios que se les hubieren causado.

Para resolver sobre los cargos de la demanda, y teniendo en cuenta que desde su mismo título la Ley 1424 de 2010 dice contener “*disposiciones de justicia transicional*”, circunstancia que tendría importante incidencia para la presente decisión pero que ha generado controversia entre los actores y varios de los intervinientes, se hace necesario que esta Corte incorpore primero un conjunto de consideraciones encaminadas a esclarecer este importante aspecto.

Así mismo, más adelante y también con propósitos de contextualización, la Corte realizará una breve presentación sobre el contenido de la Ley 1424 de 2010, teniendo en cuenta que de manera general el sentido y efecto de las normas acusadas, así como la eventual prosperidad de los cargos contra ellas formulados, pueden apreciarse mejor a partir de un análisis integral sobre la intención, el sentido y la forma de operación de la ley de la cual hacen parte.

Posteriormente, con apoyo en estos elementos y según resulte de tales análisis, pasará la Sala a estudiar las glosas constitucionales planteadas y a decidir sobre la exequibilidad de los preceptos acusados, análisis que se desarrollará en el mismo orden que ocupan dentro de la Ley 1424 de

2010 las distintas disposiciones demandadas, el cual difiere de aquel que, según se explicó, siguieron los actores para la sustentación de sus cargos.

Sin embargo, antes de proceder, deberá la Corte decidir sobre las solicitudes elevadas por el Procurador General y por uno de los intervinientes, conforme a las cuales esta corporación debería inhibirse para decidir sobre lo planteado.

3. Precisión previa sobre las solicitudes de inhibición.

Según quedó dicho, el Procurador General propone a la Corte inhibirse de decidir sobre los cargos planteados en la demanda, al considerar que no cumplen los mínimos requisitos necesarios para ello. Adicionalmente, uno de los escritos de intervención ciudadana recibidos en forma extemporánea⁶⁶⁰ sugiere también a esta corporación declararse inhibida en lo que respecta al cargo dirigido contra la expresión “*en contra del cual no procede recurso alguno*”, contenida en los artículos 6° y 7° de la ley acusada.

Primeramente, respecto de la solicitud elevada por el Procurador General, estima la Sala que pese a la muy frecuente cita de tratados internacionales, los que en caso de integrar el bloque de constitucionalidad bien pueden ser invocados como referente de esta decisión, los cargos de la demanda cumplen sin dificultad el mínimo de requisitos que para la admisión y estudio de fondo de los cargos de constitucionalidad ha exigido la jurisprudencia de esta Corte en decisiones como la sentencia C-1052 de 2001 y en otras posteriores.

En efecto, estima la Corte que los cargos propuestos llenan el requisito de *claridad*, dado que bien puede entenderse, sin duda ni confusión, la razón de los cuestionamientos planteados, así como el sustento constitucional de ellos. Existe también *certeza*, en cuanto las normas acusadas ciertamente generan los efectos explicados por los actores, entre ellos la posibilidad de acceder a los beneficios previstos en esta ley para personas acusadas del delito de concierto para delinquir simple y agravado, la restricción para usar como prueba judicial la información surgida dentro del marco de los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación* y la improcedencia de recursos contra algunas de las decisiones previstas en los artículos 6° y 7° de esta ley. Y se cumplen también los criterios de *especificidad* y *pertinencia*, así como el de *suficiencia*, dado que los cuestionamientos elevados son concretos y no vagos, se sustentan en la presunta oposición existente entre las normas acusadas y los preceptos constitucionales e internacionales cuya violación se aduce, y bastan para generar duda sobre la exequibilidad de las disposiciones demandadas.

De otra parte, observa la Corte que los demás razonamientos con los que la vista fiscal pretende sustentar el incumplimiento de estos requisitos serían en realidad criterios a partir de los cuales podría, eventualmente, perseguirse la declaratoria de exequibilidad de las disposiciones acusadas. Por consiguiente, no convencen a la Sala de la imposibilidad de fallar sobre esta demanda, que al cumplir con los mínimos requisitos necesarios, fue en su momento admitida por el Magistrado sustanciador. En consecuencia, la Corte no acogerá la propuesta de inhibición formulada por el Procurador General.

En lo que atañe a la otra solicitud, restringida además a lo que concierne a los apartes acusados de los artículos 6° y 7° de la Ley 1424 de 2010, el pedido se sustenta en el hecho de que las expresiones (idénticas entre sí) demandadas frente al texto de estos artículos no impiden, como lo habrían entendido los actores, interponer recursos contra las decisiones a través de las cuales las autoridades judiciales competentes deciden sobre las solicitudes de suspensión de órdenes de captura y suspensión de la pena o medida de reparación, pues en realidad las decisiones contra las cuales no procede recurso son apenas aquellas a través de las cuales se comunica a las partes e intervinientes la formulación de una solicitud del Gobierno en tal sentido. Así las cosas, en

⁶⁶⁰ Se refiere la Sala a la intervención presentada por una profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana.

concepto de esta interviniente, se incumple en este caso el requisito de *certeza* del cargo formulado.

Frente a este particular, considera la Corte que si bien podría parecer equívoco el entendimiento de los actores acerca de cuáles decisiones específicas son las que por efecto de estas reglas quedan desprovistas de recursos, en realidad la demanda no afirma que sean las decisiones finales las que resulten inimpugnables. Por el contrario, parece razonable entender que, aun bajo el supuesto de que las providencias sin recurso son aquellas en las que se pone en conocimiento de las partes la solicitud que en desarrollo de estas normas haya formulado el Gobierno, los actores consideran que esa circunstancia resulta restrictiva de los derechos de las víctimas al punto de justificar la inconstitucionalidad de tales reglas.

Desde esta perspectiva, y enteramente al margen de si en realidad esos segmentos normativos serían contrarios a los preceptos constitucionales e internacionales invocados en la demanda, tema que se dilucidará en el espacio correspondiente, es claro para la Corte que en este caso se cumple el requisito de *certeza*, único que fuera puesto en duda por esta interviniente.

Por esas razones, la Corte tampoco acogerá esta solicitud de inhibición.

4. Precisiones sobre el concepto de justicia transicional, sus elementos y consecuencias y sobre la aplicabilidad de este concepto

Según se explicó, el título de la Ley 1424 de 2010, de la cual hacen parte los preceptos demandados en este caso, señala que las reglas allí contenidas son “*disposiciones de justicia transicional*”, referencia que es luego reiterada en apartes no acusados de los artículos 1°, 2° y 9° de la misma ley. Sobre esta circunstancia, cabe anotar que si bien no es la primera vez que el Congreso de Colombia expide normas que pudieran recibir ese calificativo por parte de la jurisprudencia, la doctrina o la opinión pública⁶⁶¹, sí es novedoso que el mismo legislador, explícitamente, le atribuya esa intención a sus mandatos.

Como también se anunció, esta circunstancia resulta trascendental para la resolución de los problemas de constitucionalidad propuestos por los actores puesto que, según lo ha reconocido este tribunal⁶⁶², el alcance y contenido de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, sobre los cuales se sustentan los cargos formulados, podría en casos concretos presentar algunas diferencias dependiendo de si los hechos punibles de cuya comisión ellos se derivan han de investigarse y juzgarse dentro de un contexto que pudiera denominarse ordinario, o en cambio, concurren circunstancias bajo las cuales resultaría válida la aplicación de instituciones de justicia transicional, las que por su misma naturaleza han de considerarse excepcionales.

Teniendo en cuenta que, adicionalmente, ese carácter de instrumentos de justicia transicional atribuido por la Ley 1424 de 2010 a sus propias disposiciones, ha sido controvertido desde distintas perspectivas por algunos de los intervinientes, para que la Corte pueda resolver sobre los cargos de la demanda resulta necesario dilucidar primero i) qué se entiende por justicia transicional a nivel del derecho internacional y comparado, y ii) si existen en la Constitución Política de Colombia y/o en los demás preceptos que integran el bloque de constitucionalidad, fundamentos a partir de los cuales resulte válido que el legislador decida implementar ese tipo de mecanismos, y en caso afirmativo, bajo qué circunstancias fácticas podría hacerlo.

Más adelante, una vez analizado el contenido las normas de la Ley 1424 de 2010, la Corte examinará si, a la luz de estos conceptos, ellas pueden ciertamente considerarse instituciones de justicia transicional.

⁶⁶¹ Entre las normas anteriores a las que la jurisprudencia y/o la opinión pública han dado este calificativo pueden mencionarse, sólo durante la última década, las ya citadas Leyes 782 de 2002 y 975 de 2005.

⁶⁶² Ver en este sentido las sentencias C-370 de 2006, fundamento 5.1 (Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández), y C-1199 de 2008 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), fundamento jurídico 10.1.

Procede ahora la Corte a analizar los aspectos que vienen de anunciarse.

4.1. Sobre el concepto de justicia transicional en el derecho comparado

Para el entendimiento de la noción de justicia transicional resulta útil comenzar por plantear una primera distinción de tipo gramatical conforme a la cual mientras que el término *justicia* alude a un sustantivo, lo *transicional* constituye un adjetivo o circunstancia especial que particulariza el concepto primeramente referido. Desde esta básica perspectiva, la *justicia transicional* sería entonces un sistema o tipo de justicia de características específicas, que debe aplicarse de manera excepcional, sólo bajo determinados escenarios.

En esta línea cabe entonces considerar el significado de los dos términos que integran ese concepto. Así, justicia es definida como “Una de las cuatro virtudes cardinales, que inclina a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece...; Derecho, razón, equidad...”⁶⁶³, mientras que por transición se entiende la “acción y efecto de pasar de un modo de ser o estar a otro distinto”⁶⁶⁴. Unidos estos dos conceptos, se ha entendido que justicia transicional es “una respuesta a las violaciones sistemáticas o generalizadas a los derechos humanos”, que busca transformaciones radicales hacia un orden político y social, con el objetivo principal de “reconocer a las víctimas y promover iniciativas de paz, reconciliación y democracia”⁶⁶⁵.

A su turno, la importancia del elemento *justicia* en los procesos de *transición*, tal como lo ha explicado Kai Ambos⁶⁶⁶, debe ser comprendida ampliamente, tomándola como una “idea de responsabilidad y equidad en la protección y vindicación de derechos y la prevención y castigo de infracciones”. Así, la *justicia* implica, entre otros aspectos, la consideración de los derechos del acusado, de los intereses de las víctimas y del bienestar de la sociedad a largo plazo, dando aplicación tanto a mecanismos judiciales formales como, y en la misma proporción, a mecanismos tradicionales y novedosos de resolución de conflictos.

En esta misma línea, el referido autor señala que la justicia de transición “supone mucho más que la justicia penal retributiva” y abarca “a la justicia restaurativa en cuanto apunta a restaurar o incluso reconstruir la comunidad (en el sentido de una justicia creativa)”. A partir de estos elementos, puede entonces la justicia de transición ser entendida como una justicia de excepción que aspira a superar la situación de conflicto o posconflicto, pasando “de un peor a un mejor estado”⁶⁶⁷.

Sobre el actual concepto de *justicia transicional* pueden encontrarse antecedentes desde la época de la Primera Guerra Mundial⁶⁶⁸. Sin embargo, esta noción comienza a consolidarse a mediados del Siglo XX durante el período de la segunda posguerra, cuando en criterio de algunos autores se asigna esta denominación a los experimentos de justicia “*extraordinaria e internacional*” a través de los cuales se procuró el juzgamiento de los graves hechos sucedidos durante el conflicto, entre ellos el Tribunal de Nuremberg. Luego, según señala Ruti G. Teitel: “La Guerra Fría da término al internacionalismo de esta primera fase, o fase de la posguerra, de la justicia transicional. La

⁶⁶³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, 22ª ed., 2001, octava tirada, corregida, 2009, México.

⁶⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁶⁵ ¿Qué es la Justicia Transicional?, enfoque del ICTJ, 2004: “La justicia transicional no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos.”

⁶⁶⁶ “El marco jurídico de la Justicia de Transición”, en “Justicia de Transición - Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España”, Kai Ambos y otros, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2009.

⁶⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁶⁸ “Transitional Justice Genealogy”, publicado en Harvard Human Rights Journal, Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA, p. 69-94. Respecto a ejemplos históricos, véase Teitel, nota 1 supra, págs. 31 y 39-40; en cuanto a antecedentes más antiguos, véase también Michael Walzer, Regicide and Revolution: Speeches On The Trial of Louis XVI (Michael Walzer ed., Marion Rothstein trans., 1992).

segunda fase o fase de la posguerra fría, se asocia con la ola de transiciones hacia la democracia y modernización que comenzó en 1989. Hacia finales del siglo XX, la política mundial se caracterizó por una aceleración en la resolución de conflictos y un persistente discurso por la justicia en el mundo del derecho y en la sociedad. La tercera fase, o estado estable, de la justicia transicional, está asociada con las condiciones contemporáneas de conflicto persistente que echan las bases para establecer como normal un derecho de la violencia."⁶⁶⁹

Con todo, el concepto de justicia transicional empezó a ser utilizado con mayor frecuencia y precisión durante las dos últimas décadas del siglo pasado, desde cuando su aplicación ha estado enmarcada dentro de *"un proceso vigoroso de discusión académica, institucionalización y producción de políticas públicas que centran su atención en cuál debería ser la forma como deben enfrentarse las atrocidades ocurridas en el pasado y dar paso a un régimen más democrático"*⁶⁷⁰.

En tiempos más recientes, la Organización de las Naciones Unidas a través de su Consejo de Seguridad ha sostenido, en primer término, que la *"justicia"* alude a un ideal de responsabilidad y equidad en la protección y reclamación de los derechos, y la prevención y el castigo de las infracciones, que implica tener en cuenta los derechos del acusado, los intereses de las víctimas y el bienestar de la sociedad en su conjunto, desarrollando así *"un concepto arraigado en todas las culturas y tradiciones nacionales y, a pesar de que su administración normalmente implica la existencia de mecanismos judiciales de carácter oficial, los métodos tradicionales de solución de controversias son igualmente pertinentes. La comunidad internacional ha venido colaborando durante más de medio siglo para estructurar en forma colectiva los requisitos sustantivos y procesales de la administración de justicia"*⁶⁷¹.

A su turno, frente a la noción de *"justicia de transición"* este informe señala que abarca *"toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación"*. Esos mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales, tener distintos niveles de participación internacional y comprender *"el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos"*⁶⁷².

Ahora bien, debe señalarse que el término *justicia transicional* tuvo sus primeras manifestaciones frente a temas y transformaciones puramente políticas⁶⁷³. Para algunos expertos⁶⁷⁴ este concepto es impreciso, *"ya que se refiere más comúnmente a la 'justicia durante la transición' que a alguna forma de justicia diferenciada o alterada"*. Así, cuando se habla de justicia transicional *"el concepto de transición generalmente se refiere a una transformación política significativa y a una ruptura con el pasado"*, que ayuda a fortalecer el proceso de equidad.

Ciertamente, el concepto de *justicia transicional* es de tal amplitud que bajo esa genérica denominación pueden encuadrarse experiencias y procesos muy disímiles, tanto como lo son los países y circunstancias históricas en que ellos han tenido lugar. Sin embargo, independientemente de sus particularidades, todos ellos coinciden en la búsqueda del ya indicado propósito de hacer efectivos, al mayor nivel posible, los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas frente a un pasado de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, teniendo como límite la medida de lo que resulte conducente al logro y mantenimiento de la paz social.

⁶⁶⁹ *Ibidem*.

⁶⁷⁰ *"Justicia Transicional desde abajo y con perspectiva de género"*, documento elaborado como parte del proyecto *justicia de género para las mujeres víctimas en Colombia*, financiado por la Embajada de Canadá y coordinado por UNIFEM, Bogotá, 2009.

⁶⁷¹ Informe del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, *"El Estado de derecho y la justicia de transición en*

las sociedades que sufren o han sufrido conflictos", 3 de agosto de 2004.

⁶⁷² *Ibidem*.

⁶⁷³ *"Transiciones en Contienda. Dilemas de la Justicia Transicional en Colombia"*, ICTJ, Bogotá, 2010.

⁶⁷⁴ Entre ellos Louis Bickford, *"Transiciones en Contienda..."*, p. 15.

Así, se consideran procesos de justicia transicional las experiencias vividas en varios de los países del sur de Europa, específicamente Grecia, Portugal y España, donde en la segunda mitad del Siglo XX se adoptaron diversas políticas para sancionar a las élites autoritarias del pasado reciente⁶⁷⁵, en Grecia y Portugal respecto de golpes militares y dictaduras que tuvieron lugar en las décadas de los años 60 y 70 y en España frente a hechos relacionados con la Guerra Civil y la posterior dictadura de Franco, lo cual sólo fue posible con posterioridad a la muerte de éste en 1975.

En América Latina se destacan los procesos cumplidos durante las dos últimas décadas del siglo XX como parte del tránsito de dictaduras militares a gobiernos democráticos y de cara a la necesidad de investigar y sancionar las desapariciones y otros abusos cometidos por los gobernantes de facto, cuidando al mismo tiempo que el rigor de tales procesos no diera al traste con las entonces incipientes experiencias democráticas, en vista del gran poder que para entonces seguían detentando los autores y beneficiarios de tales abusos⁶⁷⁶.

Experiencias de este tipo, aunque con distintas variantes, hubo durante esa época en Bolivia (1982-83), Argentina (1984), Uruguay (1985), Chile (1990), Paraguay (1992), El Salvador (1992), Guatemala (1994), Haití (1994) y Perú (2001 a 2005). En algunos casos las investigaciones alcanzaron a tener efectos directamente sancionatorios sobre los responsables, mientras que en otros procuraron al menos satisfacer el anhelo y la necesidad colectiva de conocer la verdad, con el ánimo de lograr además garantías de no repetición. La responsabilidad de conducir tales procesos estuvo en algunos casos a cargo de comisiones parlamentarias, mientras que en otros hubo activa participación de organizaciones no gubernamentales (ONG)⁶⁷⁷. Varias de estas experiencias estuvieron basadas en el trabajo de comisiones de la verdad, sobre cuya naturaleza y alcances se comentará más adelante⁶⁷⁸.

Durante la misma época, también algunos países de África y Asia han emprendido esfuerzos para castigar a antiguos perpetradores de violaciones a los derechos humanos y/o buscar la verdad acerca de los regímenes represivos anteriores. En África, los poderes ejecutivo o legislativo de Ruanda, Sierra Leona, Zimbabue, Uganda, Chad, Etiopía, Burundi, Zambia, Nigeria y Sudáfrica, crearon comisiones de investigación, con resultados desiguales⁶⁷⁹.

De todo lo dicho puede observarse que la justicia transicional se ocupa de procesos mediante los cuales se realizan transformaciones radicales a una sociedad, bien sea que ésta se encuentre en conflicto o post conflicto, en la consecución de la paz, sufriendo y enfrentando grandes dilemas originados en la compleja lucha por el equilibrio entre la **paz** y la **justicia**. Ello se hace, principalmente, con el propósito de impedir que hechos acaecidos en el marco de un conflicto vuelvan a ocurrir, para lo cual su función se concentra en el conocimiento de la verdad y en la reparación, buscando así dar respuesta a los problemas asociados a un legado de abusos de derechos humanos en un contexto democrático y aplicando medidas, de naturaleza judicial o no judicial, a los responsables de los crímenes.

⁶⁷⁵ "Verdad, Memoria y Reconstrucción. Estudios de caso y análisis comparado", ICTJ y el Fondo para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá. 2008.

⁶⁷⁶ *Ibidem*.

⁶⁷⁷ En Argentina la transición inició en 1983 con una persecución judicial limitada al enjuiciamiento de las cúpulas militares, conociendo todo lo ocurrido en lo referente a las violaciones de derechos humanos, y destacándose el funcionamiento de la Comisión de la Verdad, que funcionó bajo el lema "Nunca Más". En Uruguay la transición fue calificada como tal hasta el año 2000, y consistió fundamentalmente en un cambio de políticas de gobierno. En Chile se adoptó un sistema mixto que contempla una doble vía paralela, de carácter penal y administrativo, representada por la justicia penal y la existencia de comisiones de la verdad. En Brasil se adoptaron medidas para superar el pasado, siendo la transición política inicialmente conducida por los militares y posteriormente por el poder civil. En Bolivia hubo reacciones penales y no penales, dentro de un marco de permanente inestabilidad política, llegando a conformarse una comisión de la verdad que no concluyó su informe final. En este caso podría afirmarse que superada la época de las dictaduras, no hubo en realidad un verdadero y efectivo proceso de reconciliación. En Perú el conflicto armado se inició en 1980 y sufrió diversas transformaciones a partir de la lucha que el Gobierno libraba contra los movimientos subversivos, después de lo cual (década de 1990) se crearon mecanismos para la superación del pasado.

⁶⁷⁸ Durante la década de 1990 hubo experiencias de este tipo, entre otros países, en El Salvador, Honduras, Guatemala y Haití.

⁶⁷⁹ En el último, especialmente para superar todas las situaciones derivadas de la política del *apartheid*, una vez el país decidió oficialmente su desmonte.

De igual forma podría decirse que la justicia transicional *“no es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de los derechos humanos. En algunos casos esas transformaciones suceden de un momento a otro; en otros, pueden tener lugar después de muchas décadas”*⁶⁸⁰.

Lo precedente permite tomar la dirección que conduce a analizar el concepto de justicia en el marco transicional y con ella la efectividad de los fines primordiales de los derechos a la paz, la verdad, la justicia y la reparación, en aquellas sociedades que han vivido o viven en situación de conflicto.

De lo anterior se deriva que todas las situaciones presentadas en busca de la paz y la justicia deben entonces considerarse equitativamente sobre las condiciones de posibilidad de un proceso transicional, *“pues ignorarlas equivale a desconocer el inmenso peso que tienen las particularidades del contexto político en el éxito o fracaso de un proceso de ese tipo”*.

Frente al concepto de justicia transicional y sus aplicaciones, resulta relevante analizar también los enfoques de otros autores, como los profesores Martha Minow⁶⁸¹, David A. Crocker⁶⁸² y Rama Mani⁶⁸³, de reconocida experiencia en la materia⁶⁸⁴.

En opinión de la primera⁶⁸⁵ *“los mecanismos básicos de la justicia transicional constituyen un camino intermedio para hacer frente a los horrores del pasado, un camino que evita caer tanto en la venganza como en el perdón de los victimarios”*. En su concepto, la venganza es *“un sentimiento comprensible pero inadecuado para enfrentar las atrocidades pasadas; que puede generar respuestas desproporcionadas, irrazonables e injustas, que pueden inclusive fomentar la escalada de violencia, y que aun en el evento de ser proporcionadas pueden resultar grotescas por emplear los mecanismos contra los cuales se pretende reaccionar”*. Sobre el perdón afirma que *“se trata de un acto admirable, pero que no se le puede exigir a las víctimas, el cual debe aparecer como una opción mas no como una obligación”*.

Esta misma autora sostiene que el objeto fundamental de la justicia transicional sería *“hallar una respuesta a las atrocidades que se ubique en un punto intermedio entre la venganza y el perdón”*, la cual es ofrecida por *“la justicia penal, las reparaciones y el esclarecimiento de la verdad que, dada su importancia, no deben ser asumidas como una carga propia de los individuos sino como parte del esfuerzo colectivo tendiente a superar el pasado”*.

En línea con este propósito, Minow propone entonces como herramientas políticas idóneas para lidiar adecuadamente con un pasado de atrocidades, la **justicia**, la **verdad** y la **reparación**, resaltando que se busca responder a una preocupación que no sólo es de las víctimas sino de la sociedad entera; esas herramientas se asumen como un imperativo en razón a la contribución que ellas pueden representar frente a la garantía de no repetición de las atrocidades.

Por su parte David A. Crocker⁶⁸⁶ señala que es necesario identificar con precisión las metas de la justicia transicional, las capacidades y limitaciones políticas e institucionales para cumplirlas y, con base en ellas, escoger las herramientas que se aplicarán, articularlas entre sí y definir su orden de prioridad y los tiempos de aplicación.

⁶⁸⁰ *“¿Qué es la Justicia Transicional?”*, ICTJ, 2004.

⁶⁸¹ Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

⁶⁸² Investigador senior del Instituto de Filosofía y Política Pública de la Universidad de Maryland.

⁶⁸³ Investigadora asociada del Centro de Estudios Internacionales de la Universidad de Oxford.

⁶⁸⁴ Las citas que a continuación se presentan fueron tomadas del texto titulado *“Justicia Transicional”*, el cual recoge sendos ensayos de dichos autores más un estudio preliminar de autoría de la abogada colombiana María Paula Saffon, Publicado por Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, la Universidad de los Andes y la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 2011.

⁶⁸⁵ Notas tomadas del relato que sobre su ensayo efectúa María Paula Saffon, ob. cit., páginas 24 a 35.

⁶⁸⁶ Notas tomadas del relato que sobre su ensayo hace María Paula Saffon, ob. cit., páginas 36 a 47.

Sobre estas bases señala que los horrores del pasado deben ser enfrentados con mecanismos concretos, cuyo objetivo primordial sea la satisfacción de los *“derechos de las víctimas (verdad, justicia, reparación, dignificación) y la garantía de no repetición de las atrocidades (Estado de derecho, reforma institucional, reconciliación democrática, deliberación pública)”*.

En línea semejante, Rama Mani⁶⁸⁷ señala que la justicia transicional *“parte de la premisa de que se han violado los derechos humanos y que por ende es necesario hacer justicia, a pesar de las a veces contradictorias exigencias políticas de restaurar el orden después de la violencia o la represión. El derecho de los derechos humanos se fundamenta en el concepto de equilibrio entre derechos y obligaciones: cada derecho comporta la obligación de los signatarios de cumplir esa obligación y de reparar a las víctimas en caso de que no se respete”*. A partir de esta reflexión sostiene que *“el derecho de las víctimas a la reparación debería constituir el pilar central de la justicia transicional”*.

En tal sentido, plantea entonces la noción de justicia reparadora como el concepto más adecuado para atender la necesidad de resarcir a las víctimas de crímenes atroces en contextos de justicia transicional, dado que en su criterio, la justicia transicional tiende a dar poca importancia a las necesidades de reparación de las víctimas, y a generar divisiones entre los actores sociales, por lo cual plantea que es necesaria una nueva conceptualización de las reparaciones que supere ambos problemas.

Del anterior recuento puede apreciarse la amplitud de diferentes matices y conceptos existentes en torno a la aplicabilidad y utilidad de la justicia transicional en tiempos de conflicto y/o post conflicto, sobre el rol que corresponde a cada uno de los actores que participarían en la implementación de este tipo de mecanismos y sobre las alternativas disponibles frente a las dificultades especiales típicas de los modelos de justicia transicional.

Examinado el concepto, debe señalarse que existen instituciones usuales en la justicia transicional, la mayoría de las cuales suelen adoptarse oficialmente por los Estados mediante la aprobación de leyes o la expedición de normas jurídicas de otro tipo, incluso en algunos casos, reformas constitucionales. Dentro de tales herramientas deben destacarse todas aquellas normas de carácter penal, tanto sustanciales como procesales, que implican un tratamiento punitivo más benigno que el ordinario, sea mediante la imposición de penas comparativamente más bajas, la adopción de medidas que sin eximir al reo de su responsabilidad penal y civil, hacen posible su libertad condicional, o al menos el más rápido descuento de las penas impuestas.

De otra parte, incluso figuras tradicionales como el indulto y la amnistía, normalmente reservadas para los denominados delitos políticos, a través de las cuales se extinguen, respectivamente, las penas que se hubieren decretado e incluso la acción penal, aunque muy anteriores a la aparición de este concepto, podrían actualmente mirarse como posibles medidas de justicia transicional, al menos en los casos en que tales beneficios se ofrecen buscando propiciar un mejor entendimiento entre grupos y facciones previamente enfrentados, en cuanto, tanto como en los otros mecanismos comentados, se acepta a cambio mayor lenidad en la sanción de hechos constitutivos de delito.

Son también instrumentos de justicia transicional las estrategias a través de las cuales se busca privilegiar la búsqueda de la verdad, especialmente en su dimensión colectiva, en algunos casos a cambio de la aceptación de menores niveles de justicia y reparación para las víctimas. Entre esas figuras pueden mencionarse: i) las comisiones de la verdad, que tienen como fin primordial investigar e informar a la sociedad sobre determinados hechos, normalmente constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, paralelamente o en subsidio de las investigaciones judiciales; ii) los programas de reparación, usualmente patrocinados por el Estado, que ayudan a la reparación material y moral de los daños causados por abusos del pasado; iii) la justicia de

⁶⁸⁷ Notas y reflexiones tomadas directamente de su ensayo *“La reparación como un componente de la justicia transicional: la búsqueda de la ‘justicia reparadora’ en el postconflicto”*, ob. cit., páginas 153 a 204.

género, que promueve iniciativas contra la impunidad de la violencia sexual y de género, y que propendan por la igualdad de condiciones para el acceso de las mujeres a programas de reparación por transgresiones a los derechos humanos, y iv) los actos de conmemoración, entre ellos la realización de ceremonias y la erección de monumentos públicos, a través de los cuales se busca preservar la memoria de las víctimas y aumentar la conciencia moral sobre las violaciones cometidas contra la sociedad, como dique de no repetición, entre otras.

Las denominadas *comisiones de la verdad* pueden conformarse tanto por disposición legal, como por decisión de ciertos actores sociales y políticos, oficiales o no, respecto de las cuales existen valiosas experiencias en años recientes, tanto en países de América Latina como en otras regiones del mundo. Estas comisiones se caracterizan por ser entes temporales *“de constatación de los hechos que no tienen carácter judicial y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años. Se ocupan en particular de las víctimas y concluyen su labor con la presentación de un informe final sobre las conclusiones de su investigación y sus recomendaciones (...) pueden prestar una ayuda muy valiosa a las sociedades con posterioridad a un conflicto al constatar los hechos relacionados con infracciones de los derechos humanos en el pasado, fomentar la rendición de cuentas, preservar las pruebas, identificar los autores y recomendar indemnizaciones y reformas institucionales. También pueden servir de plataforma pública para que las víctimas cuenten directamente al país sus historias personales y pueden facilitar el debate público sobre como aceptar el pasado”*⁶⁸⁸.

Sobre este tema es del caso destacar, tal como se hiciera en el Informe Final de la Comisión de la Verdad sobre los Hechos del Palacio de Justicia de Colombia⁶⁸⁹, el concepto que al respecto diera en uno de sus pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el cual:

*“... el establecimiento de una comisión de la verdad, según el objeto, procedimiento, estructura y fin de su mandato, puede contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad. Las verdades históricas que a través de ese mecanismo se logren, no deben ser entendidas como un sustituto del deber del Estado de asegurar la determinación judicial de responsabilidades individuales o estatales por los medios jurisdiccionales correspondientes, ni con la determinación de responsabilidad internacional que corresponda a este Tribunal. Se trata de determinaciones de la verdad que son complementarias entre sí, pues tienen todas un sentido y alcance propios, así como potencialidades y límites particulares, que dependen del contexto en el que surgen y de los casos y circunstancias concretas que analicen. En efecto, la Corte ha otorgado especial valor a los informes de Comisiones de la Verdad o de Esclarecimiento Histórico como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados en diversos casos que han sido sometidos a su jurisdicción.”*⁶⁹⁰

De esta manera, reafirmando que la plena realización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral es responsabilidad primordial del Estado, la importancia de las comisiones de la verdad radica en que permiten plantear un enfoque armónico necesario para construir la verdad y enfrentar varios de los múltiples problemas surgidos al interior de las sociedades post conflicto. Se establece así una verdad que tiene en consideración las sucesivas fases de los crímenes y situaciones sufridas, pudiendo también examinar casos individuales, desde diversos conceptos de

⁶⁸⁸ “Report Secretary General Transitional Justice, par. 50”, citado en “El marco jurídico de la Justicia de Transición”, en “Justicia de Transición - Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España”, Kai Ambos y otros, ob. cit., p. 47.

⁶⁸⁹ Informe Final de la Comisión de la Verdad sobre los Hechos del Palacio de Justicia, 2010. Jorge Aníbal Gómez Gallego, José Roberto Herrera Vergara y Nilson Pinilla Pinilla.

⁶⁹⁰ CIDH, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, párr. 84, nota al pie 37. Citando Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala; caso Zambrano Vélez y otros, párr. 128, y caso La Cantuta, párr. 224.

verdad, ya sea global, moral, objetiva o histórica, sirviendo así de insumo para el cumplimiento sucesivo de materializaciones que atañen a las instancias estatales, entre ellas la implementación de medidas puntuales de satisfacción y la garantía de no repetición de los hechos.

La experiencia latinoamericana proporciona varios ejemplos del uso de las comisiones de la verdad como mecanismo para hacer efectivo ese derecho y promover la superación de graves y prolongados hechos de violencia, destacándose entre ellos las iniciativas surgidas en la década de los años 80 del siglo pasado respecto de las masivas desapariciones ocurridas durante las dictaduras militares en países como Bolivia y Argentina, y el citado caso de Colombia respecto de los hechos del Palacio de Justicia, sucedidos en noviembre de 1985.

Cabe mencionar además que en algunos casos el derecho a la verdad ha sido exigido en el curso de un procedimiento penal ordinario, mediante *“instrumentos encaminados a obtener información del Estado, como la acción de hábeas data, o bien a través de los llamados juicios de la verdad, esto es, procedimientos ante tribunales penales con la única finalidad de investigar los hechos y sin aplicación de sanciones penales”*⁶⁹¹.

Frente al particular, en torno a la justicia de transición se han planteado diversas reflexiones sobre cómo enfrentar *“la tensión entre justicia y paz y, en particular, cómo resolver la contraposición entre un derecho a la justicia concebido cada vez más de manera absoluta y la necesidad de prescindir de la persecución penal (amnistías, etcétera) o de garantizar reducciones considerables de pena (derecho penal premial) en ciertos casos han rodeado todas las experiencias de transición latinoamericanas y en los últimos tiempos han adquirido un particular fervor”*⁶⁹².

Por tanto, la adecuada proporción entre justicia y la obtención y preservación de la paz en el marco de una transición, muy difícil de balancear, al extremo de que se llegue a expresar **“tanta justicia como la paz lo permita”**⁶⁹³, lo que denota la trascendental importancia de la finalidad básica de la transición y, aún más, continuando el apoyo en el enfoque recién citado, como condición indispensable para la convivencia social y la subsistencia de un Estado de derecho, pues *“solo las circunstancias de cada caso concreto y las relaciones de poder que existen en una sociedad en un momento histórico dado podrán determinar si se debe renunciar a la justicia, a cuánto de justicia y bajo qué condiciones para conservar la paz”*.

De los anteriores conceptos y de la continua evolución de la noción de *justicia transicional* puede concluirse que el derecho comparado y la comunidad internacional la han entendido como una institución jurídica a través de la cual se pretende hilvanar e integrar ingentes esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia, situaciones de excepción frente a lo que resultaría de la aplicación de las instituciones penales comunes, contexto en el cual se anuncia inscrita la Ley 1424 de 2010 desde su título, cuya validez analizará esta Corte en el punto 5.2 de la presente sentencia.

4.2. Sobre el fundamento constitucional de la justicia transicional

Tal como se resaltó en el punto anterior, si bien bajo circunstancias históricas específicas las instituciones de justicia transicional pueden resultar benéficas para una determinada sociedad, tales mecanismos son normalmente aceptados en el derecho internacional y constitucional comparado como una situación excepcional, por lo mismo transitoria, frente a lo que, en perspectiva eminentemente comparativa, pudiera denominarse el derecho penal ordinario, vigente

⁶⁹¹ CIDH, caso Almonacid Arellano contra Chile, 2006.

⁶⁹² *“El marco jurídico de la Justicia de Transición”*, en *“Justicia de Transición - Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España”*, Kai Ambos y otros, ob. cit., p. 47.

⁶⁹³ *“Breves reflexiones sobre la justicia de transición a partir de las experiencias latinoamericanas”*, en *“Justicia de Transición - Con informes de América Latina, Alemania, Italia y España”*, ob. cit., p. 442, no está en negrilla en el texto original.

y aplicable a la generalidad de las conductas punibles y directamente derivado de los principios y pautas constitucionales que regulan la materia.

A partir de esta reflexión, resulta claro que la implantación de ese tipo de medidas en un determinado Estado debe resultar aceptable dentro de su marco constitucional, pues lo contrario implicaría una disminución de los estándares de justicia y de protección de los derechos de las víctimas, que la sociedad tiene derecho a asegurar, como consecuencia y realización de los preceptos, valores y principios presentes en el texto superior, y de las reglas contenidas en los tratados que integran el bloque de constitucionalidad.

Así, frente a la existencia de normas que el mismo legislador denominó *disposiciones de justicia transicional*, cabe entonces preguntar de qué manera y bajo qué circunstancias la Constitución Política y las demás reglas y normas que conforman el bloque de constitucionalidad, admiten la posibilidad de que el legislador adopte una preceptiva de tal contenido.

No hay en la carta política colombiana ni en los tratados tradicionales de preservación de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, una referencia directa a la justicia transicional. Empero, sí existen, principalmente a nivel de los valores y principios constitucionales y de su reflejo en los derechos y deberes de los ciudadanos, pautas y elementos que al ser ponderados con otros criterios relevantes, permiten apreciar la conformidad entre tal noción y los textos constitucionales.

En este sentido, la Corte encuentra en la normativa superior al menos tres distintas referencias, con apoyo en las cuales puede admitirse la vigencia de medidas de justicia transicional. La más notoria e importante de ellas es la frecuente mención de la **paz**, como uno de los objetivos principales del Estado colombiano, para cuyo logro se adopta en 1991 la nueva carta política, y como prominente valor constitucional que se traduce en la existencia de derechos y deberes ciudadanos encaminados a hacer posible y sustentable, tanto en el presente como para el futuro, tan anhelada necesidad⁶⁹⁴.

Sobre este tema existen además abundantes y reiteradas referencias a la paz como propósito central del Derecho Internacional, especialmente en los respectivos preámbulos de los instrumentos constitutivos de los principales organismos internacionales, entre ellos la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos, como también en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Entre los otros aspectos relevantes que sirven como fundamento constitucional de la justicia transicional, no por indirecto menos válido, puede mencionarse además la presencia en el texto superior de instituciones como la amnistía y el indulto para delitos políticos⁶⁹⁵, que pese a su larga tradición podrían hoy ser en buena parte ubicados como herramientas de justicia transicional, útiles y conducentes en la búsqueda y creación de condiciones que hagan posible, o al menos faciliten, el logro de la concordia y la paz política y social.

Es muy significativo lo que al respecto quedó estatuido, como expresa voluntad y determinación de la Asamblea Nacional Constituyente, en el precitado (nota 44 de pie de página) artículo transitorio 30 de la Constitución (no está en negrilla en el texto original):

*“Autorízase al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y **conexos**, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el Gobierno Nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio **no podrá***

⁶⁹⁴ Ver en este sentido el preámbulo, así como los artículos 2°, 22 y 95.6 de la carta política.

⁶⁹⁵ Cfr. artículos 150 numeral 17, 201 numeral 2° y transitorio 30 de la Constitución Política.

extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima.”

También debe tenerse en cuenta la expresa mención que la Constitución hace del concepto de **política criminal del Estado**⁶⁹⁶, a partir de la cual se clarifica que, siempre que se observen adecuados criterios de proporcionalidad y razonabilidad y no se contravenga ninguna prohibición ni limitación del texto superior, la mayor parte del contenido específico de las normas penales, tanto sustanciales como procesales, no dependerá directamente de aquellos preceptos, sino de lo que en cada momento consideren adecuado y pertinente las distintos órganos constituidos que tienen a su cargo el diseño, seguimiento y eventual ajuste de tales políticas⁶⁹⁷.

Desde esta perspectiva, resulta entonces posible asumir que la implantación de mecanismos propios de la justicia transicional es una alternativa válida dentro del marco constitucional colombiano, siempre que queden a salvo los derechos de las víctimas así lo juzguen las autoridades a quienes la norma superior asignó la responsabilidad de formular esas políticas, por considerar que concurren las especiales circunstancias que, según se explicó, justifican y hacen conveniente la adopción de este tipo de medidas.

En torno a la trascendencia y alcance de la paz como valor constitucional, como derecho y deber ciudadano y como criterio que justifica la existencia de instituciones de justicia transicional, este tribunal vertió extensas reflexiones dentro de la ya citada sentencia C-370 de 2006, mediante la cual decidió sobre la exequibilidad de distintas disposiciones de la Ley 975 de 2005, usualmente conocida como *Ley de Justicia y Paz*, que como ya se indicó, puede ser considerada como una norma de justicia transicional.

Estas consideraciones precedieron el análisis que la Corte adelantó en ese caso respecto del alcance de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, en el derecho internacional y en la jurisprudencia constitucional e interamericana dentro de un contexto de justicia transicional, razón por la cual resulta clara y directa su pertinencia frente al presente caso. Por ello, es ilustrativo transcribir *in extenso* y reiterar los siguientes apartes de esa reflexión (está en negrilla en el texto original):

“4.1. El derecho a la Paz.

4.1.1. La Paz puede ser considerada como uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional. Así se evidencia en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en varias de las disposiciones de la misma Carta, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en el Preámbulo y en la Carta constitutiva de la Organización de Estados Americanos. También en el contexto americano, tanto en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, firmados en 1966, la Paz aparece como el fin al que se orienta el reconocimiento de los derechos allí mencionados.

⁶⁹⁶ Cfr. en el actual texto, emanado del Acto Legislativo 03 de 2002, el inciso primero del artículo 250 superior, en el cual se menciona la política criminal del Estado como referente para la aplicación del principio de oportunidad, y el numeral 4° del artículo 251, que establece en cabeza del Fiscal General de la Nación la función de participar en el diseño de esa política criminal.

⁶⁹⁷ Sobre el inaplicable concepto de política criminal, sus alcances y sus límites, ver entre muchos otros los fallos C-1404 de 2000 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), C-420 de 2002 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), C-1116 de 2003, C-016 de 2004 y C-034 de 2005 (en todas estas M. P. Álvaro Tafur Galvis), y más recientemente, C-936 de 2010 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-100 de 2011 (M. P. María Victoria Calle Correa). La Corte ha señalado que como principal actor de la política criminal del Estado, el legislador tiene una potestad de configuración amplia, aunque no absoluta, sujeta a la Constitución, que aplica, entre otros aspectos, a la definición de los bienes jurídicos que se protegerán mediante la legislación penal, la descripción típica de los distintos delitos, el señalamiento de las penas imponibles frente a cada uno de ellos, las causales de detención y/o libertad, y en general, el establecimiento de las reglas de procedimiento aplicables a cada tipo de procesos.

4.1.2. Por su parte, la Constitución Política en su Preámbulo enuncia también que el pueblo de Colombia ‘en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y **con el fin de fortalecer...la paz...**’ decreta sanciona y promulga la Constitución. De esta manera, la paz en el orden interno constitucional ocupa también la posición de valor fundamental, como bien lo ha resaltado la Corte Constitucional de esta manera⁶⁹⁸:

‘En primer lugar, la Corte constata que la paz ocupa un lugar principalísimo en el orden de valores protegidos por la Constitución. Dentro del espíritu de que la Carta Política tuviera la vocación de ser un tratado de paz, la Asamblea Constituyente protegió el valor de la paz de diferentes maneras en varias disposiciones. Por ejemplo, en el Preámbulo la paz figura como un fin que orientó al constituyente en la elaboración de toda la Constitución. En el artículo 2 dicho propósito nacional cardinal se concreta en un fin esencial del Estado consistente en ‘asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo’. Además, el artículo 22 va más lejos al establecer que ‘la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento’. Dentro de los múltiples instrumentos para facilitar el logro de la paz, la Constitución reguló procedimientos de resolución institucional de los conflictos y de protección efectiva de los derechos fundamentales, como la acción de tutela (artículo 86 CP.). Además, sin circunscribirse a un proceso de paz, la Constitución permite que ‘por graves motivos de conveniencia pública’ se concedan amnistías o indultos por delitos políticos y estableció requisitos claros para que ello se ajuste a la Carta...’

4.1.3. Ahora bien, la Paz aceptada como propósito colectivo nacional e internacional puede considerarse como ausencia de conflictos o enfrentamientos violentos (núcleo mínimo), como efectiva armonía social proveniente del pleno cumplimiento de los mandatos de optimización contenidos en las normas de Derechos Humanos (desarrollo máximo) o como la atenuación de los rigores de la guerra y la ‘humanización’ de las situaciones de conflicto (Derecho Internacional Humanitario como manifestación del derecho a la Paz en tiempos de guerra)⁶⁹⁹. Estas diversas maneras de comprender la Paz han derivado en distintos análisis jurídicos en torno del concepto, tanto en el Derecho Internacional como en el Constitucional.

4.1.4. En efecto, desde un primer punto de vista la Paz en el Derecho Internacional ha sido entendida como un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; en este sentido es importante señalar la relevancia doctrinal del anteproyecto del Pacto Internacional que consagra los Derechos Humanos de Tercera Generación, elaborado por la Fundación Internacional de los Derechos Humanos, que reconoce a todos los seres humanos tomados colectivamente el derecho a la paz, tanto en el plano nacional como internacional. En este mismo sentido, también la Constitución Política en su artículo 22 confiere a la Paz este mismo carácter, al decir que es ‘un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.’ Ciertamente, esta Corporación, explicando este alcance de

⁶⁹⁸ En este punto esta corporación incluyó la reflexión subsiguiente sobre el derecho a la paz, tomada de la sentencia C-578 de 2002 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), por la cual se declaró exequible el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y su Ley Aprobatoria 742 de 2002.

⁶⁹⁹ Acá la Corte incluyó una reflexión sobre el propósito de la humanización de la guerra como proyección del derecho a la paz, e incluyó una cita de la sentencia C-225 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), por la cual se revisaron y declararon exequibles el *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, y su Ley Aprobatoria 171 de 1994.

la Paz como derecho colectivo, que emana de esta disposición superior, ha vertido las siguientes consideraciones⁷⁰⁰:

*'El artículo 22 de la C.N., contiene el derecho a la paz y el deber de su obligatorio cumplimiento, **derecho éste que por su propia naturaleza pertenece a los derechos de la tercera generación**, y requiere el concurso para su logro de los más variados factores sociales, políticos, económicos e ideológicos que, recíprocamente se le pueden exigir sin que se haga realidad por su naturaleza concursal o solidaria. Esta interpretación encuentra fundamento adicional en lo preceptuado en el Art. 88 de la C. N. que consagra las Acciones Populares como mecanismo especializado para la protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública... 'y otros de similar naturaleza que definen en ella'. Así lo entendió el legislador al expedir el Decreto 2591 cuando señaló la improcedencia de la Acción de Tutela para proteger derechos colectivos como la paz y los demás contemplados en el artículo 88 de la Constitución Política.'*

4.1.5. No obstante lo anterior, la Paz también se perfila cada vez más, tanto en el Derecho Internacional como en la jurisprudencia constitucional, como un derecho subjetivo fundamental de cada uno de los seres humanos individualmente considerados, a los cuales a su vez les corresponde el correlativo deber jurídico de buscar la paz social⁷⁰¹.

... ..

En el mismo sentido, resulta interesante doctrinalmente el antes mencionado anteproyecto de Pacto Internacional que consagra los Derechos Humanos de Tercera Generación, elaborado por la Fundación Internacional de los Derechos Humanos, que reconoce así mismo a todos los seres humanos como individuos, el derecho a la paz.

4.1.6. De igual manera, la Corte se ha referido a este aspecto subjetivo de la paz, señalando que **'(e)l mínimo a la paz constituye así un derecho fundamental** ya que de su garantía depende la efectividad de los demás derechos civiles y políticos de la persona'.⁷⁰² Y como deber jurídico de cada ciudadano, debe recordarse que el artículo 95 superior, al enumerar los deberes de la persona y del ciudadano, incluye en su numeral sexto el de 'Propender al logro y mantenimiento de la paz'. Sobre esta norma la Corte ha indicado que la paz no es algo que concierna privativamente a los organismos y funcionarios del Estado, sino que atañe a todos los colombianos, como lo declara el artículo 22 de la Constitución, a cuyo tenor es un derecho de todos y un deber de obligatorio cumplimiento.⁷⁰³

4.1.7. De esta manera, tanto en el Derecho Internacional como en la Constitución Política, la Paz tiene un carácter multifacético, pues es a la vez un fin que persiguen tanto la comunidad internacional como la nacional, un derecho colectivo dentro de la tercera generación de derechos, y bajo ciertos aspectos un derecho subjetivo fundamental al que corresponde un deber personal. A esta realidad se ha referido esta corporación de la siguiente manera⁷⁰⁴:

⁷⁰⁰ La corporación incluyó esta otra cita sobre el sentido del derecho a la paz, tomada de la sentencia T-008 de 1992 (M. P. Fabio Morón Díaz).

⁷⁰¹ Sobre este punto, la sentencia C-370 de 2006 transcribió un articulado parcial, que refleja la doble perspectiva de la paz como derecho humano y como deber, que fue aprobado en 1997 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO.

⁷⁰² En este punto la Corte citó la sentencia T-439 de 1992 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁷⁰³ En este punto la Corte citó la sentencia C-283 de 1995 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

⁷⁰⁴ En este punto la Corte incluyó una transcripción parcial del fallo T-102 de 1993 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

‘Una característica peculiar del derecho a la paz es el de la multiplicidad que asume su forma de ejercicio. Es un derecho de autonomía en cuanto está vedado a la injerencia del poder público y de los particulares, que reclama a su vez un deber jurídico correlativo de abstención; un derecho de participación, en el sentido de que está facultado su titular para intervenir en los asuntos públicos como miembro activo de la comunidad política; un poder de exigencia frente al Estado y los particulares para reclamar el cumplimiento de obligaciones de hacer. Como derecho que pertenece a toda persona, implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo. La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales.’

4.1.8. En conclusión de todo lo anterior, cabe afirmar que la Paz constituye (i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional; (ii) un fin fundamental de Estado colombiano; (iii) un derecho colectivo en cabeza de la Humanidad, dentro de la tercera generación de derechos; (iv) un derecho subjetivo de cada uno de los seres humanos individualmente considerados; y (v), un deber jurídico de cada uno de los ciudadanos colombianos, a quienes les corresponde propender a su logro y mantenimiento.”

A continuación de estas reflexiones, el mismo pronunciamiento analizó así la validez constitucional de los esquemas de justicia transicional, a partir de esa contextualización de la paz como valor constitucional y como derecho y deber de los ciudadanos:

“4.2. La Justicia de transición hacia la paz en una democracia con instituciones judiciales estables y sólidas.

4.2.1. A partir de la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional ha evolucionado hacia un aumento considerable de los compromisos de los estados en el respeto y promoción de los derechos humanos, como garantía de la paz. Numerosos pactos y convenios internacionales de carácter universal o regional vinculan desde entonces a las naciones en este compromiso común. Además, se han fortalecido los mecanismos judiciales para hacer efectivas las obligaciones internacionales de los estados en esta materia, se ha evolucionado hacia el reconocimiento y especial protección de la dignidad y los derechos humanos aun en tiempos de guerra mediante la consolidación del derecho internacional humanitario, y se ha aceptado universalmente la responsabilidad penal individual de los autores de graves violaciones a los derechos humanos y la obligación de sancionarla.

4.2.2. Dentro de este panorama de evolución hacia la protección internacional de los derechos humanos, la comunidad de las naciones ha puesto su atención sobre aquellos Estados en que se adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del Estado de Derecho. La comunidad internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de Paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se

aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. **La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado 'justicia transicional' o 'justicia de transición', pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.**

... ..

4.2.4. La anterior declaración pone de manifiesto la admisión de una nueva noción de Justicia en el contexto de la comunidad internacional, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aun en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad al respecto, nueva noción de Justicia que opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de Derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático.

4.2.5. Así pues, la justicia transicional admite la existencia de una tensión entre el objetivo social de lograr un tránsito efectivo hacia la paz o la democracia, y los derechos de las víctimas a que las violaciones de derechos sean investigadas, enjuiciadas y castigadas por el Estado, y a que se logre una efectiva reparación. Para la resolución de esta tensión, el Derecho Internacional, partiendo de la base de que los compromisos de los Estados en el respeto de los Derechos Humanos no se suspenden ni interrumpen por las circunstancias de transición, formula ciertos lineamientos a fin de asegurar estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación.”

Ahora bien, a los anteriores criterios, cuya validez y pertinencia la Corte reafirma íntegramente, pueden añadirse otros que en perspectiva más actual conducen en la misma dirección, esto es, a ratificar la compatibilidad existente entre la carta política vigente y la existencia de instituciones de justicia transicional, a través de las cuales se acepten algunas restricciones y concesiones frente a los estándares de justicia, como también eventualmente de verdad y reparación, extendiendo posibilidades vigentes en todo tiempo, en lo que, simplemente por oposición, puede considerarse como *normalidad*⁷⁰⁵.

Uno de tales temas se refiere a varios de los hechos que antecedieron y desencadenaron el proceso constituyente de 1990 y 1991, particularmente la grave situación política y social imperante durante la década inmediatamente anterior, la cual incluía la gran capacidad perturbadora de grupos alzados en armas y organizaciones criminales, y la incapacidad de las leyes entonces vigentes, de la Rama Judicial y de los demás organismos del Estado para afrontar eficazmente tales condiciones, de todo lo cual derivó de manera evidente que uno de los principales objetivos del establecimiento de una nueva Constitución, compartido más allá de sus particulares matices por todos los actores y sectores sociales que tomaron parte en dicho proceso, era el logro y afianzamiento de la paz, propósitos y esperanza que quedaron reflejados en las reiteradas alusiones a la paz, como valor y como derecho y deber comunitario, contenidas en el texto superior, que ya hubo ocasión de analizar extensamente.

⁷⁰⁵ Con esta denominación se alude simplemente a aquellas circunstancias fácticas en las que no se justificaría la existencia de instituciones de justicia transicional.

De otro lado, debe ahora resaltarse que la carta de 1991 ha traído cambios de gran significación en la vida política y social de la nación, destacándose entre ellos el paso de una democracia puramente representativa a una participativa y pluralista, así como algunos importantes avances en la deseada consecución de la paz. Por lo demás, estos procesos han estado signados por la frecuente y frustrante expedición, aplicación y replanteamiento de diversas normas, tanto a nivel legal como administrativo, que si bien no han sido expresamente rotuladas como instrumentos de justicia transicional, han estado visiblemente enmarcadas dentro de este propósito.

Este proceso ha sido especialmente activo durante la última década, tiempo en el cual se expidió un conjunto de normas jurídicas y se produjeron importantes pronunciamientos de las autoridades judiciales y administrativas, que no en vano han sido profusamente relatados y comentados por los actores e intervinientes dentro de este proceso, tal como quedó reflejado en los antecedentes de esta providencia⁷⁰⁶.

Sin perjuicio de esos avances, aún dos décadas después subsisten graves conflictos y problemas sociales, políticos y éticos, que impiden completar el propósito de alcanzar la paz y que esta sea duradera a partir de los criterios presentes en la Constitución, ampliamente expuestos en precedencia, que avalan y justifican la insistencia en experimentos de justicia transicional.

Precisa en todo caso la Corte que esta preliminar conclusión en manera alguna implica la conformidad constitucional de cualquier norma que bajo ese propósito apruebe el legislador o, dentro de sus respectivas competencias, los demás poderes y autoridades del Estado, sino apenas la eficacia conceptual del planteamiento y la posibilidad de expedir normas que establezcan instituciones de justicia transicional. Como es natural, la validez de tales preceptos ante la Constitución, deberá analizarse específicamente a la luz de los elementos y criterios aplicables, tal como esta corporación lo hará en el punto 6 de las presentes consideraciones.

5.1. Sobre el contenido de las disposiciones de la Ley 1424 de 2010

Esclarecido lo anterior, procede entonces la Corte a realizar un breve análisis normativo del articulado de la ley parcialmente acusada para, a partir de ello, poder adelantar el estudio de los cargos formulados por los actores contra algunas de sus disposiciones.

Como se ha indicado, según el título aprobado por el Legislador, la Ley 1424 de diciembre 29 de 2010 adopta una serie de medidas de justicia transicional para garantizar la verdad, la justicia y la reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos armados al margen de la ley. Además, según ese epígrafe, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones.

5.1.1. Campo de aplicación

El artículo 1° traza los objetivos de la referida ley, señalando que ella tiene por objeto contribuir al logro de la paz perdurable y a la satisfacción de las garantías de verdad, justicia y reparación, dentro de un marco de justicia transicional, así como promover la reintegración a la sociedad, exclusivamente de personas desmovilizadas de los grupos armados organizados al margen de la ley, mediante el otorgamiento de determinados beneficios cuya promesa podría inducir ese proceso de desmovilización.

El mismo precepto delimita también el universo de sujetos a quienes esta ley se aplicará, que en consecuencia serán las únicas personas que podrán invocar y en cuyo favor habrán de concederse los beneficios jurídicos desarrollados por los restantes artículos de la misma. Señala entonces ese artículo que esta ley se aplicará respecto de la conducta de los desmovilizados⁷⁰⁷ de los grupos

⁷⁰⁶ La Corte alude principalmente a la expedición de Leyes (782/02, 975/05, 1312/09 y 1424/10 estudiada ahora, así como a la jurisprudencia generada durante el mismo tiempo por esta corporación y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cada una dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

⁷⁰⁷ Si bien el Decreto 128 de 2003, reglamentario de la Ley 782 de 2002 contiene en su artículo 2° una definición de qué se entiende por *desmovilizado*, por razones de jerarquía normativa y por tratarse de una norma posterior y más reciente, deberá preferirse la definición del vocablo *desmovilización* contenida en el artículo 9° de la Ley 975 de 2005 (por la cual se

armados organizados al margen de la ley⁷⁰⁸ que hubieran incurrido, únicamente, en los delitos de concierto para delinquir simple⁷⁰⁹ o agravado⁷¹⁰, utilización ilegal de uniformes e insignias⁷¹¹, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores⁷¹², porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas⁷¹³ o de defensa personal⁷¹⁴, como consecuencia de su permanencia a dichas agrupaciones.

Cabe precisar, en relación con los destinatarios de esta ley, esto es, quienes podrán solicitar la aplicación de los beneficios en ella establecidos, que **debe necesariamente tratarse de personas**

dictaron disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictaron otras disposiciones para acuerdos humanitarios). Según esa ley, la desmovilización se define como “el acto individual o colectivo de dejar las armas y abandonar el grupo armado organizado al margen de la ley, realizado ante autoridad competente”. Sin embargo, según lo establece esta misma norma, los procesos de desmovilización se realizarán de acuerdo con lo establecido en la Ley 782 de 2002, “Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifica algunas de sus disposiciones”.

⁷⁰⁸ En relación con este concepto deben tenerse en cuenta las definiciones consignadas en normas legales y particularmente las dos siguientes, concordantes entre sí: El parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 782 de 2002, según el cual “De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas”; y el artículo 1° de la Ley 975 de 2005 que establece que “Se entiende por grupo armado organizado al margen de la ley, el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trate la Ley 782 de 2002.”

⁷⁰⁹ El concierto para delinquir se encuentra tipificado dentro de los denominados delitos contra la seguridad pública. El artículo 340 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) ha sido modificado por el artículo 8° de la Ley 733 de 2002 (inciso 1°) y por el artículo 19 de la Ley 1121 de 2006, a partir de lo cual el texto hoy vigente es el siguiente: “Artículo 340. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.”

⁷¹⁰ Es concierto para delinquir agravado el que conforme a lo previsto en el segundo inciso del mismo artículo 340, “sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley”, caso en el cual “la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto o la asociación para delinquir.” Existe otra causal de agravación, aplicable también al delito de entrenamiento para actividades ilícitas (art. 341), que es la contenida en el artículo 342 ibidem, que se configura cuando la conducta, en este caso el concierto para delinquir, es cometida por miembros activos o retirados de la Fuerza Pública o de organismos de seguridad del Estado. En esos casos, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

⁷¹¹ La utilización ilegal de uniformes e insignias es otro delito contra la seguridad pública, así contemplado en el artículo 246 del Código Penal: “El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice prendas, uniformes, insignias o medios de identificación reales, similares o semejantes a los de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

⁷¹² El artículo 197 del Código Penal, modificado por el artículo 8° de la Ley 1453 de 2011, señala: “Utilización ilícita de equipos transmisores o receptores. El que con fines ilícitos posea o haga uso de aparatos de radiofonía o televisión, o de cualquier medio electrónico diseñado o adaptado para emitir o recibir señales, incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de uno (1) a tres (3) años. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta descrita en el inciso anterior se realice con fines terroristas.”

⁷¹³ El delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos está regulado en el artículo 366 de la Ley 599 de 2000, dentro de los delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad. Esa disposición ha sido modificada por los artículos 55 de la Ley 1142 de 2007 y 20 de la Ley 1453 de 2011, disponiendo: “El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años. La pena mínima anteriormente dispuesta se duplicará cuando concurren las circunstancias determinadas en el inciso 2 del artículo anterior.”

⁷¹⁴ La fabricación, tráfico y porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (en general) se encuentra tipificada en el artículo 365 del Código Penal, que ha sido modificado por los artículos 38 y 19 de las Leyes 1142 de 2007 y 1453 de 2011, respectivamente, estatuyendo: “El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años. La pena mínima anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias: 1. Utilizando medios motorizados. 2. Cuando el arma provenga de un delito. 3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades, y 4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.”

desmovilizadas, lo que según se desprende de la definición antes citada⁷¹⁵, supone como mínimo su anterior pertenencia a un grupo armado organizado al margen de la ley, así como el porte de armas en desarrollo y como consecuencia de esa actividad. Así las cosas, **no podrán solicitar estos beneficios los individuos cuya situación no encuadre en estos supuestos, entre ellos quienes habiendo cometido los mismos delitos, por ejemplo, habiéndose concertado para delinquir en la misma facción de los desmovilizados, o siendo beneficiarios reales de tales conductas criminales, no tengan esa calidad.**

De igual manera debe resaltarse que la condición de *desmovilizado* tampoco es suficiente para tener derecho a los beneficios establecidos en esta ley, pues debe además concurrir la circunstancia de que aquellos hubieran cometido únicamente uno o más de los delitos antes señalados. Se observa, entonces, que **quienes en la jerarquía interna de los grupos al margen de la ley hubieren ocupado la posición de comandantes, tampoco podrán acceder a estos beneficios**, si en tal condición hubieren impartido instrucciones encaminadas a la comisión de delitos objeto del concierto, pues ello necesariamente les haría responsables de esos otros delitos, bien como autor, bien como partícipe, incumpliendo así la otra regla prevista en el artículo 1° en comento.

Esta delimitación de sujetos resulta lógica y es consistente con la intención expresada desde la presentación del proyecto de ley, a lo largo de su debate parlamentario y dentro del presente proceso de constitucionalidad, en el sentido de que a través de ella se buscaba ofrecer una alternativa a los así llamados combatientes rasos, es decir, a aquellas personas cuyo accionar delictivo se limita a su pertenencia al grupo ilegal y a las demás acciones inherentes o necesariamente relacionadas con ella, sin haber cometido otras conductas punibles, pues esa situación corresponde sin dificultad a la hipótesis ya descrita, prevista en el referido artículo 1°.

5.1.2. Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación

Para cumplir con los fines antes propuestos, el artículo 2° *ibídem* establece los denominados *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*, cuya suscripción será promovida por el Gobierno Nacional, y estará abierta únicamente a las personas desmovilizadas listadas en el artículo 1° de esta ley, al cual antes se hizo referencia. El inciso 2° señala, de manera expresa, que esos acuerdos son un instrumento de transición para poner en vigor los principios de verdad, justicia y reparación, como complemento a los instrumentos jurídicos que se han establecido a tal efecto, para contribuir al proceso de reconciliación nacional.

Respecto de los requisitos y el cumplimiento de estos acuerdos, el artículo 3° establece unos presupuestos de tipo formal y otros relacionados con su contenido. En cuanto a lo primero, la norma prevé que los acuerdos (i) sean suscritos por el Presidente de la República o su delegado y el desmovilizado, (ii) consten por escrito, y (iii) se celebren durante el año siguiente a la expedición de la Ley 1424 de 2010, es decir, dentro del período comprendido entre diciembre 29 de 2010 y ese mismo día de 2011.

En lo que atañe al contenido, en cada uno de estos acuerdos, la persona desmovilizada deberá comprometerse con (i) el proceso de reintegración a la sociedad y (ii) la contribución al esclarecimiento de la conformación de los grupos organizados al margen de la ley, y suministrar información sobre (iii) el contexto general de su participación y (iv) todos los hechos o actuaciones de que tenga conocimiento en razón de su pertenencia a esas agrupaciones.

5.1.3. El mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica

Otra de las medidas adoptadas por el Legislador mediante esta ley es la creación, en el artículo 4°, de un *Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica*, cuyo principal insumo está conformado por la información que surja de los *Acuerdos* individualmente suscritos

⁷¹⁵ Ver cita 63 de pie de página de esta providencia.

con los sujetos desmovilizados, en desarrollo de lo previsto en los artículos 2° y 3° de la misma ley. Además de la recolección, sistematización y preservación de esa información, el denominado *Mecanismo no Judicial* deberá también servir de base para la producción de ciertos informes, sobre materias no especificadas.

Por su parte, el 2° inciso de esta norma, cuya constitucionalidad se controvierte dentro de este proceso, prohíbe de manera tajante que la información que se conozca con ocasión de estos *Acuerdos* pueda ser servir de prueba en un proceso judicial, contra el desmovilizado que los suscribió o contra terceros.

5.1.4. Los beneficios jurídicos contenidos en la Ley 1424 de 2010

También para dar cumplimiento a los fines ya referidos, en adición a lo relativo a los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación* y el *Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y a la Memoria Histórica*, esta ley consagra en sus artículos 6° y 7° unos beneficios jurídicos específicos, relativos a la libertad personal y la ejecución de las penas impuestas a los sujetos previstos en su artículo 1°. Según lo señala el artículo 9°, la aplicación de esas reglas se hará en forma preferente respecto de lo previsto en otras normas contenidas en el ordenamiento jurídico interno y sin atender al máximo de punibilidad que cabría imponer.

Debe en todo caso precisarse que, por expresa disposición del artículo 5° *ibídem*, las personas desmovilizadas a quienes se otorguen estas ventajas serán investigadas y/o juzgadas conforme a las normas aplicables en el momento de la comisión de la conducta punible, indudablemente sin desconocer el principio de favorabilidad, cuando a ello hubiere lugar. Ello significa entonces que la Ley 1424 de 2010 aquí analizada no ofrece a sus destinatarios la impunidad de sus acciones, ni tampoco una reducción en la duración de las penas que les serían imponibles⁷¹⁶, pero además que el otorgamiento o no de los beneficios relativos a la libertad tendrá siempre lugar dentro de una actuación judicial, que se cumplirá en ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

En primer término, el artículo 6° trata sobre las denominadas *medidas especiales respecto de la libertad*, las cuales consisten en la suspensión de las órdenes de captura proferidas en contra de los desmovilizados que se encuentren bajo los supuestos del artículo 1° ya referidos, o en la posibilidad de abstenerse de imponer medida de aseguramiento. Para ello, este precepto plantea una serie de exigencias de tipo formal y sustancial.

Como requisito inicial, el desmovilizado y presunto beneficiario de esa medida deberá haber manifestado su compromiso respecto de todos aquellos aspectos que, según se explicó, deben precisarse antes de suscribir el respectivo *Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*.

Constatado lo anterior, se requiere una petición formal por parte del Gobierno Nacional, por intermedio de la Alta Consejería para la Reintegración, o quien funja como tal, la cual constituye un requisito de procedibilidad de este tipo de decisiones. Formulada esa solicitud y verificados los requisitos del caso, dentro de los diez días siguientes el juez competente decretará la suspensión de las órdenes de captura vigentes contra el desmovilizado objeto de aquella.

Además de los presupuestos hasta ahora indicados, la suspensión de las órdenes de captura originadas en la comisión de los delitos antes referidos, tendrá lugar solamente cuando el desmovilizado (i) se encuentre vinculado al proceso de reintegración social, y (ii) esté cumpliendo su ruta de reintegración o haya culminado satisfactoriamente ese proceso. También exige la norma que (iii) el beneficiario no haya sido condenado por delitos dolosos cometidos con posterioridad a la fecha en que haya sido certificada su desmovilización. *Contrario sensu*, de no concurrir todos estos requisitos, deberá entonces proseguirse con el cumplimiento de las órdenes de captura vigentes.

⁷¹⁶ Como sí ocurre en los casos cobijados por la Ley 975 de 2005.

El beneficio analizado también puede hacerse extensivo cuando el Gobierno Nacional, expresamente, solicite a la autoridad judicial competente que conozca de aquellas actuaciones en contra del desmovilizado, abstenerse de proferir futuras órdenes de captura.

El artículo 6° en comento también señala que la autoridad judicial que conozca de la solicitud elevada por el Gobierno, deberá comunicarla a las partes e intervinientes acreditados en el proceso penal, el cual, como ya se explicó, se seguirá adelantando conforme a la normatividad vigente al momento de la comisión del delito, según lo establecido en el artículo 5° de esta misma ley.

Esta comunicación se hará mediante un auto de sustanciación o de trámite, que no admite recursos; sin embargo, la decisión que resuelve sobre la suspensión o no de las órdenes de captura deberá ser notificada a los mismos sujetos.

Un segundo beneficio es el establecido en el artículo 7° de la ley que se estudia y corresponde a la *suspensión condicional de la ejecución de la pena*. Al igual que frente a la medida relacionada con las órdenes de captura, en este caso la norma exige una petición formal a la autoridad judicial competente por parte del Gobierno Nacional, que deberá realizar la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces.

Es importante precisar que la situación acá prevista, coincide tanto en su denominación como en su efecto práctico con aquella concordantemente desarrollada en los artículos 63 de la Ley 599 de 2000 y 474 de la Ley 906 de 2004, como uno de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, pese a lo cual se rige por reglas propias, parcialmente distintas a las contenidas en tales códigos. Así las cosas, la regulación prevista en el artículo 7° de la Ley 1424 deberá entonces tenerse como referida a una situación especial, la posibilidad de suspender la ejecución de las sentencias impuestas a aquellas personas previstas en el artículo 1° de esta ley, situación que en lo no previsto por el referido artículo 7° y las demás disposiciones de esta Ley deberá regirse por las normas ordinarias, esto es, las previstas en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal a las que se ha hecho referencia.

Según lo prevé el artículo 7° en comento, esta suspensión en la ejecución de la pena principal será también extensiva a las penas accesorias que correspondan, por disposición expresa del párrafo 1° de este artículo. Se establece también que la custodia y vigilancia de la ejecución de la pena seguirá a cargo del funcionario judicial competente y del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario INPEC, en los términos del Código Penitenciario y Carcelario⁷¹⁷.

Debe precisarse que, según tradicionalmente lo ha entendido la jurisprudencia penal, la solicitud de suspensión condicional de la ejecución de la pena y de las penas accesorias debe ser decidida por la autoridad judicial competente, al momento de proferir la respectiva sentencia.

Por su parte el artículo 474 de la Ley 906 de 2004, norma que según se ha explicado resultaría aplicable en lo no previsto por la Ley 1424 de 2010, señala que para el otorgamiento de la suspensión condicional de ejecución de la pena deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el Código Penal y se fijará el término para que la persona beneficiada con ella repare los daños ocasionados con el delito, salvo en el caso de que existan bienes secuestrados, decomisados o embargados, que garanticen íntegramente la indemnización. Por otra parte, el pago de la pena

⁷¹⁷ Igual tratamiento penitenciario está contenido en los artículos 469 de la Ley 600 de 2000 y 459 de la Ley 906 de 2004, según los cuales la ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia ejecutoriada corresponde a las autoridades penitenciarias, bajo la supervisión y control del INPEC, en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. Aunado a lo anterior, en todo lo relacionado con la ejecución de la pena, el Ministerio Público podrá intervenir e interponer los recursos que sean necesarios.

accesoria de multa es requisito imprescindible para poder otorgar ese beneficio⁷¹⁸, salvo las excepciones legal y jurisprudencialmente contempladas.

Ahora bien, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al estudiar el artículo 63 del Código Penal, norma que no indica expresamente que la suspensión de la ejecución de la pena por un período de prueba debe tener lugar en la sentencia condenatoria, como sí lo hacía en su momento el artículo 68 del Decreto Ley 100 de 1980 (Código Penal vigente antes de la expedición de la Ley 599 de 2000), ha señalado que el análisis de la concesión de los otrora llamados subrogados penales, solamente puede adelantarse en el marco del fallo⁷¹⁹. También en el sistema procesal penal contenido en la Ley 600 de 2000, se establece que la sentencia es la ocasión para resolver sobre la procedencia de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad (art. 170, num. 9°).

De acuerdo con lo anterior y por regla general, cuando en aplicación de los supuestos relacionados con el artículo 7° de la Ley 1424 de 2010 se deba analizar la viabilidad de suspender la ejecución de la pena en un caso concreto, ese estudio debería consignarse en la sentencia condenatoria respectiva, previa solicitud del ejecutivo y verificados los presupuestos exigidos.

Sin embargo, en atención a la naturaleza y las finalidades perseguidas por la Ley 1424 de 2010, así como su carácter de instrumento de justicia transicional, en procura de la paz perdurable, la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de víctimas y la reintegración a la sociedad de los beneficiarios de tal Ley, sería posible que aún con posterioridad a la sentencia condenatoria, se solicite a la autoridad judicial encargada de verificar el cumplimiento de la pena la aplicación al beneficio consignado en el artículo 7° *ibidem*, previa postulación del Gobierno. Lo anterior, siempre que concurren los condicionamientos y compromisos que serán explicados a continuación.

Al regular lo relacionado con la duración de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el mismo artículo 7° consagra que ese beneficio podrá ser otorgado por un período equivalente a la mitad de la condena establecida en la respectiva sentencia. Más adelante, el parágrafo 2° de la misma norma señala que luego de cumplido dicho lapso, sin que el desmovilizado que había sido condenado incumpla las obligaciones inherentes (desarrolladas por el artículo 8°), la pena quedará extinta, previa decisión judicial que así lo determine.

También en este caso, para conceder el referido beneficio, el operador judicial deberá verificar el cumplimiento de los presupuestos establecidos en el mismo artículo 7° de la ley en comento, que pueden sintetizarse así: i) haber suscrito el *Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación* y estar vinculado al proceso de reintegración ofrecido por el Gobierno; ii) adelantar actividades de servicio social con las comunidades que acojan a los desmovilizados, dentro del referido marco de reintegración; iii) haber reparado integralmente los daños ocasionados con los delitos por los cuales fue condenado dentro del marco de esta ley, es decir, alguna de las conductas previstas en su artículo 1°, salvo que demuestre la imposibilidad económica de hacerlo; iv) no haber sido condenado por delitos dolosos cometidos después de la fecha en la cual haya sido certificada la desmovilización; v) observar buena conducta en el marco del proceso de reintegración.

Igual que sucede con la petición de suspensión de las órdenes de captura, la solicitud relacionada con la suspensión de la ejecución de la pena deberá ser comunicada a las partes e intervinientes

⁷¹⁸ Mediante sentencia C-665 de junio 28 de 2005 (M. P. Rodrigo Escobar Gil) se declaró exequible, entre otros preceptos, la expresión "*su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la condena de ejecución condicional*", contenida en el inciso segundo del artículo 474 de la Ley 906 de 2004. En esa providencia se reiteró lo considerado en la sentencia C-194 de marzo 2 de 2005 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁷¹⁹ Así lo ha puntualizado pacíficamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras oportunidades en el auto de octubre 27 de 2004, proferido dentro del asunto de radicación 22.804 (M. P. Yesid Ramírez Bastidas); en el auto de junio 26 de 2001 (única instancia rad. 15.003, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote); y en el auto de enero 21 de 1992 (casación rad. 6.990, M. P. Jorge Carreño Luengas).

en el respectivo proceso penal, mediante auto de trámite que no admite recurso. Y la decisión que finalmente recaiga sobre esa petición deberá ser notificada a los mismos sujetos.

Junto con el cumplimiento de los presupuestos y obligaciones contenidos en el artículo 7° de esta Ley, el beneficiario de la suspensión en la ejecución de la pena deberá cumplir otros compromisos. Por ejemplo, deberá informar todo cambio de residencia a la autoridad que verifica el cumplimiento de la pena, comparecer ante ésta cuando sea requerido y abstenerse de salir del país sin autorización previa del funcionario encargado de su vigilancia. Además, se establece que durante este período deberá observar buena conducta.

Con todo, las prerrogativas otorgadas en los artículos 6° y 7° de esta Ley (suspensión de las órdenes de captura y suspensión condicional de la ejecución de la pena), pueden ser revocadas por la autoridad judicial competente, de oficio, o también por petición de la Alta Consejería para la Reintegración o quien haga sus veces, en caso de que el beneficiario incumpla cualquiera de los requisitos establecidos en esa normatividad, o con el Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica, señalados en su artículo 9°. Esta regla es análoga a la contenida en el artículo 66 del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), que establece los casos en los que habrá lugar a la ejecución de la sentencia que previamente hubiere sido suspendida.

Finalmente debe anotarse, respecto de ambos casos, que si bien las decisiones de poner en conocimiento de las partes las solicitudes que formule el Gobierno en desarrollo de lo previsto en los referidos artículos 6° y 7° no serán susceptibles de recursos, cosa distinta sucede respecto de las determinaciones que el juez competente adopte frente a tales solicitudes, pues en realidad la misma norma tácitamente deja a salvo la posibilidad de que estas últimas sean impugnadas. Ello resulta, en primer término, de la ausencia inmediatamente después de los textos que ordenan su notificación a las partes e intervinientes, de una regla que restrinja o descarte la posibilidad de recursos contra la decisión que se notifica, silencio que resulta elocuente en comparación con la norma aplicable respecto de la decisión de informar sobre tales solicitudes. Pero también del sentido de las reglas sobre medios de impugnación previstas en los Códigos de Procedimiento Penal vigentes⁷²⁰, que al ser aplicadas a una situación especial como la aquí comentada darían como resultado que frente a una resolución de este contenido y trascendencia procedan los recursos ordinarios de reposición y apelación.

5.1.5. Facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República

De otro lado, con el ánimo de complementar y desarrollar las regulaciones contenidas en esta Ley, su artículo 10° otorga al Presidente de la República facultades extraordinarias por el término de seis meses contados a partir de la fecha de su expedición, las cuales se rigen por lo previsto en el numeral 10° del artículo 150 de la Constitución Política.

Esta habilitación legislativa tiene dos propósitos principales: de una parte, crear y/o modificar el *operador* que se encargará de poner en marcha el *Mecanismo no Judicial de Contribución a la Verdad y la Memoria Histórica*, regular su funcionamiento y adoptar las medidas presupuestales necesarias; de otra, permitir las modificaciones a la estructura orgánica, la planta de personal y los presupuestos asignados a la Fiscalía General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - Alta Consejería para la Reintegración, que son las entidades a las que corresponde el desarrollo e implementación de esta Ley.

5.2. Las disposiciones contenidas en la Ley 1424 de 2010 son normas de justicia transicional

⁷²⁰ Ver en relación con este aspecto los artículos 176 y 478 de la Ley 906 de 2004, así como los 189 y 191 de la aún vigente Ley 600 de 2000.

Como quedó reseñado con anterioridad, la Corte considera que si bien el título explicativo que conforme al artículo 169 superior precede al articulado de la Ley 1424 de 2010 señala que la misma contiene *disposiciones de justicia transicional*, para efectos del análisis de constitucionalidad de tales preceptos resulta importante determinar si, en efecto, ellos tienen esa connotación.

Pues bien, al confrontar el concepto de justicia transicional, según ha quedado explicado en el punto 4.1 de esta providencia, con el contenido de los preceptos que integran la Ley 1424 de 2010, parcialmente demandada, desarrollado en el punto 5.1 anterior, para la Sala resulta visible que dichos preceptos consagran típicos mecanismos de justicia transicional.

En efecto, según quedó expuesto en el punto anterior, la Ley 1424 de 2010 establece una serie de beneficios dirigidos a personas desmovilizadas, antiguos integrantes de grupos armados organizados al margen de la ley, que hubieren cometido únicamente uno o más de los delitos listados en su artículo 1°, siendo la más notable de esas ventajas la posibilidad de ser puestos en libertad a través de distintos mecanismos, dependiendo del momento procesal en que se halle la respectiva actuación, e incluso en caso de haber sido condenados.

Como contraprestación, se establecen dos reglas cardinales: una de ellas, la contenida en el artículo 5° de la misma Ley, conforme a la cual, sin perjuicio de las concesiones contenidas en los demás artículos, *“los desmovilizados de que trata el artículo 1° (...) serán investigados y/o juzgados según las normas aplicables en el momento de la comisión de la conducta punible”*. La otra, la prevista en sus artículos 2°, 3° y 4°, que demanda de los beneficiarios de esta Ley un compromiso firme, frente al propósito de reintegración a la sociedad y el esclarecimiento de los hechos de que tenga conocimiento, que se concreta de manera especial en la suscripción de los llamados *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*.

A su turno, el artículo 4° establece, como garantía para las personas desmovilizadas que suscriban tales *Acuerdos*, la regla según la cual la información que se conozca a través de ellos no podrá ser utilizada como prueba judicial en contra de quien la proveyó, ni de terceras personas.

Se observa entonces de manera patente que la Ley 1424 de 2010 plantea a sus destinatarios - sospechosos, imputados, acusados o responsables de posibles conductas punibles de gran trascendencia-, la probabilidad de alcanzar una situación jurídica ampliamente favorable, tanto a nivel individual como colectivo, exigiéndoles a cambio ciertos compromisos de reciprocidad, especialmente encaminados al esclarecimiento de la verdad histórica sobre los hechos investigados, poniendo así en movimiento medios de negociación conducentes a una situación que podría estimarse de mutuo beneficio, lo que constituye una práctica típica y propia de los sistemas de justicia transicional.

Así las cosas, más allá de lo anunciado por el título de la Ley 1424 de 2010 y de la intención explícitamente manifestada por los autores del proyecto que se convirtió en dicha Ley, y por varios de los miembros del Congreso que intervinieron en su trámite, estima la Corte que la ley parcialmente acusada efectivamente contiene este tipo de mecanismos, por lo que el análisis de su constitucionalidad habrá de tomar en cuenta esa circunstancia.

6. Análisis de los cargos planteados: Del contenido que dentro de un contexto de justicia transicional tienen los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación

Al emprender el estudio específico de los cargos elevados en la demanda, y de cara al contenido de los derechos de las víctimas cuya supuesta vulneración los sustenta, debe esta corporación reiterar la necesidad de que, tratándose de instituciones concebidas dentro de un contexto de justicia transicional, ese examen parta de una cuidadosa ponderación de los principios e intereses constitucionales en juego, que en estos casos entran en colisión.

Los elementos objeto de esa ponderación son, de una parte, la paz como valor constitucional y como derecho y deber ciudadano, en procura de la cual se han establecido mecanismos como los contenidos en la Ley 1424 de 2010 aquí parcialmente acusada, y de otra, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, garantías que sin duda tienen sólido fundamento, tanto en la Constitución Política como en los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad.

En los años recientes esta corporación realizó un ejercicio de ese mismo contenido, en la tantas veces citada sentencia C-370 de 2006, estudio que sirvió como referente de las decisiones allí adoptadas en torno a la exequibilidad de las disposiciones de la Ley 975 de 2005 que entonces habían sido demandadas, norma que como se ha explicado, ha sido mayoritariamente considerada un típico instrumento de justicia transicional. En esa oportunidad la Corte se apoyó, como es del caso hacerlo también ahora, en el extenso análisis que esa misma providencia efectuó en torno a la paz en sus distintas dimensiones, y a la importancia que el constituyente de 1991 le atribuyó a ese concepto, en atención al contexto histórico del momento, que también en esta decisión ha sido rememorado.

Sin embargo, al relieves también el valor e importancia reconocidos por la Constitución al concepto de justicia, y precisamente como resultado de ese ejercicio de ponderación, señaló esta corporación que, pese a la enorme importancia de la paz como valor, como derecho y como deber ciudadano, el posible logro de ese objetivo no es razón suficiente para justificar cualquier tipo de sacrificio de otros intereses igualmente protegidos por el ordenamiento superior, específicamente los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, como consecuencia de las acciones que les hubieren afectado

Así las cosas, sin reducir el alcance que conforme al texto superior y al derecho internacional tienen esos conceptos, este análisis acepta desde su inicio que en casos concretos puede resultar válida una parcial restricción de alguno(s) de esos derechos, por ejemplo del derecho a la justicia en la dimensión relacionada con la efectiva sanción de los responsables de ciertos delitos, o del derecho a la reparación en cuanto algunos de sus componentes sean parcialmente reformulados, para dar espacio a las formas simbólicas y colectivas de reparación, que pueden así mismo ser efectivas como garantía de no repetición de los hechos vulneradores de los derechos humanos.

Conforme a lo explicado, el ejercicio de ponderación de los principios y valores constitucionales en conflicto debe necesariamente realizarse frente a reglas de derecho específicas y no de manera global, pues sólo mediante la apreciación concreta de cada una de ellas puede evaluarse adecuadamente la razonabilidad y aceptabilidad de las restricciones planteadas, en vista del beneficio correlativo que a partir de ello pudiera obtener la sociedad dentro del ya explicado contexto de la justicia transicional.

Con base en estos criterios, procederá entonces la Sala al análisis de los cargos de la demanda, a partir de lo cual determinará si los beneficios y reglas establecidos en las disposiciones aquí demandadas de la Ley 1424 de 2010 son compatibles con los preceptos constitucionales, y en consecuencia, adoptará las decisiones correspondan.

6.1. Aproximación a la protección penal frente a la impunidad de delitos graves, conforme al derecho internacional

Desde el preámbulo de la carta política y particularmente en desarrollo de sus artículos 2º, 29, 228, 229 y 250, se proclama la finalidad de asegurar la justicia, entre otros principios. En esa línea, es imperativo que, dentro de un marco jurídico, se garantice un orden social justo, uno de los fines por los cuales se expidieron las normas que integran la Constitución. A su vez, destaca la trascendencia del referido artículo 2º, que señala que es esencial al Estado, además de servir a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, al igual que la vigencia de ese orden justo, todo lo cual conduce a la posibilidad de que toda persona acceda a la administración de justicia, que debe ser debida, oportuna y acertadamente impartida.

Bajo tales supuestos, a todos los jueces se les ha encomendado la dispendiosa e inexorable tarea de buscar la verdad, hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el formal y lograr la defensa y eficacia de los derechos constitucionales.

Entonces, es obligación de los operadores jurídicos, entre ellos quienes aplican el *ius puniendi* del Estado, esclarecer la verdad en procura de la justicia material y la eficacia de los derechos fundamentales, para que todo concluya en una decisión justa⁷²¹, que también lo ha de ser para la sociedad y para la víctima. En el campo penal se le ha reconocido a esta última, dentro de los dos sistemas procesales penales vigentes en Colombia (Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004), al igual que en la Constitución Política y en el bloque de constitucionalidad, los derechos de acceder a la administración de justicia, conocer la verdad y obtener una reparación integral⁷²².

Así mismo, esta Corte ha explicado que el acceso a la justicia naturalmente conlleva el derecho a obtenerla en cada caso concreto, lo cual implica que el Estado tiene el deber de esclarecer lo sucedido y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos, con la opción de recurrir efectivamente, en plena observancia de las reglas del debido proceso⁷²³.

A su vez, el artículo 250 superior, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, expresamente obliga a la Fiscalía General de la Nación a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de todo hecho que revista las características de un delito. Además, también por expreso mandato constitucional, le está proscrito suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, salvo las excepciones consagradas en la ley para la aplicación del principio de oportunidad⁷²⁴.

Como génesis de todo lo anterior, debe recordarse que diferentes instrumentos internacionales han reconocido el derecho que tiene toda persona para hacer uso de un recurso efectivo ante tribunales competentes, procurando obtener amparo frente a actos que atenten contra sus derechos fundamentales. Así se ha establecido, entre otros, en el artículo 8º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 217 A (III) de diciembre 10 de 1948 y en el artículo 2º numeral 3º literal a) del PIDCP, adoptado en la Resolución 2200 A (XXI) de diciembre 16 de 1966, vigente en Colombia desde marzo 23 de 1976, en virtud de la Ley 74 de 1968.

Además, tal como se expresó en la sentencia C-936 de noviembre 23 de 2010 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva)⁷²⁵, existen en el ámbito internacional otros instrumentos que además de precaver la

⁷²¹ Esta corporación ha indicado que los servidores judiciales no sólo deben mantener indemnes las formas propias del proceso penal, sino buscar la realización de la justicia material. Al respecto, en la sentencia C-591 de junio 9 de 2005 la Corte Constitucional puntualizó, que en materia de investigación penal, *“la misión que corresponde desempeñar al Juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento, va más allá de la de ser un mero árbitro regulador de las formas procesales, sino en buscar la aplicación de una justicia material, y sobre todo, en ser un guardián del respeto de los derechos fundamentales del indiciado o sindicado, así como de aquellos de la víctima, en especial, de los derechos de ésta a conocer la verdad sobre lo ocurrido, a acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad”*. Con relación a la concreción de la justicia material, esta Corte ha explicado que desde la perspectiva constitucional, su búsqueda es propia del Estado social de derecho y se materializa cuando el proceso penal se encamina al encuentro de la verdad fáctica, o al menos, cuando la decisión judicial se acerca a ella (cfr. C-396 de mayo 23 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁷²² En la sentencia C-228 de abril 3 de 2002, Ms. Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett, se reafirmó que *“tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia –no restringida exclusivamente a una reparación económica– fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello sólo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos”*.

⁷²³ C-454 de junio 7 de 2006, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷²⁴ Artículos 321 y siguientes de la Ley 906 de 2004.

⁷²⁵ En la referida providencia, la Corte Constitucional declaró inexecutable el numeral 17 del artículo 2º de la Ley 1312 de 2009, que consagraba una causal para la aplicación del principio de oportunidad, para ciertos desmovilizados de grupos armados al margen de la ley. Igualmente, en esa sentencia se declaró executable el parágrafo 2º de dicha disposición, en el

comisión de graves vulneraciones a los derechos humanos, conminan a los Estados a sancionarlos adecuadamente.

Así, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (adoptada en 1984 y vigente en Colombia en cumplimiento de la Ley 70 de 1985), obliga a que todo comportamiento catalogable como tortura sea tipificado y castigado con penas adecuadas a la gravedad de los hechos (art. 4º). Igualmente, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (adoptada en 1985 y que rige en el país en virtud a la Ley 409 de 1997), conmina a que ese tipo de conductas y aquellas que constituyan tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, sean castigadas con sanciones severas, que tengan en cuenta su gravedad (art. 6º)⁷²⁶.

De otra parte, el *“Conjunto de Principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”*⁷²⁷ señala como principios generales los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación⁷²⁸, que deben observarse y garantizarse por los Estados, mediante la adopción de procedimientos tendientes a la lucha contra la impunidad. A ese respecto, la precitada sentencia C-370 de 2006 catalogó ese conjunto de Principios como *“un marco conceptual de gran valor como fuente de Derecho Internacional”*.

El preámbulo de tal conjunto de Principios define impunidad como *“la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria”*. Además, se advierte que la impunidad surge cuando el autor de una violación a derechos humanos reconocidos se mantiene ajeno a i) las investigaciones encaminadas a su inculpación, detención o procesamiento; o, ii) en el caso de ser reconocido como culpable, a una pena apropiada y/o a la indemnización del daño causado.

El primer Principio de la lucha contra la impunidad hace referencia a los deberes generales de los Estados, en orden a adoptar medidas eficaces, siendo infracción a esos deberes no investigar las violaciones de los derechos humanos, pues deben adoptar *“medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que las personas sospechosas de responsabilidad penal sean procesadas, juzgadas y condenadas a penas apropiadas”*, además de *“garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación de los perjuicios sufridos, de garantizar el derecho inalienable a conocer la verdad y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones”*.

A su vez, el Principio 9º señala el derecho a la justicia como uno de los principios generales, el cual comporta como deber del Estado emprender *“investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales de las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”* y adoptar *“las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente”*.

Acorde con lo hasta ahora consignado, varios de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, además de otros que son también fuente de derecho internacional, imponen al Estado la

entendido de que no podrá aplicarse el principio de oportunidad frente a comportamientos que conlleven graves violaciones a los Derechos Humanos.

⁷²⁶ Igualmente, la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (adoptada en 1992) y la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas (adoptada en 1994), exigen que los Estados parte tipifiquen ese delito y lo sancionen con penas apropiadas, que tengan en cuenta su extrema gravedad).

⁷²⁷ Cfr. Informe de Diane Orentlicher, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad. E/CN.4/2005/102/Add.1 8 de Febrero de 2005, presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

⁷²⁸ Igualmente, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU aprobó con la Resolución 2005/35 de abril 19 de 2005, los *“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”*, en la cual se consagra a favor de las víctimas (art. 11) los derechos a obtener i) el acceso igual y efectivo a la justicia; ii) la reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido; y, iii) el acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación.

obligación de tipificar, investigar y sancionar adecuadamente aquellos comportamientos que revistan las características de delito (cfr. además art. 250 ib.). Como lo ha resaltado esta Corte, esas obligaciones adquieren mayor relevancia cuando se trate de comportamientos que afecten sensiblemente derechos humanos.

6.2. La relevancia internacional de la investigación y el juzgamiento de los graves comportamientos contra derechos humanos, aún bajo los parámetros de la justicia transicional

Para toda la humanidad resultan de gran impacto los comportamientos que conllevan grave vulneración contra derechos fundamentales, por el ingente daño que producen y su atrocidad, que generan conmoción interna y foránea, trascendiendo las fronteras al quebrantar el derecho internacional humanitario y, aún, convertirse en crímenes de lesa⁷²⁹ humanidad, ejecútense o no dentro de un conflicto armado.

Según el Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad que, como se ha manifestado, es una fuente de derecho internacional reconocida por la Corte Constitucional, la expresión “*delitos graves conforme al derecho internacional*” comprende relevantes quebrantamientos contra previsiones de los Convenios de Ginebra⁷³⁰ de agosto 12 de 1949, o de su Protocolo adicional I de 1977⁷³¹, por conductas relacionadas con los conflictos armados, principalmente cometidas contra quienes no constituyen objetivo militar.

Además, constituyen ese tipo de conductas otros quebrantamientos del derecho internacional, como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otros relacionados con los Derechos Humanos internacionalmente protegidos, como la tortura, la desaparición forzada, la ejecución extrajudicial y la esclavitud.

De esa forma, tal como ha recalcado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁷³², se distinguen entre esa serie de atroces comportamientos dos clases de *crímenes graves contra la comunidad internacional*: (i) los de guerra e infracciones graves al derecho internacional humanitario y (ii), los de lesa humanidad (o contra la humanidad).

Hacia la mitad del siglo XX, conductas catalogadas como crímenes de guerra y de lesa humanidad fueron sancionadas por los tribunales de Núremberg y Tokio, cuyo campo de acción, lesivo del

⁷²⁹ El vocablo lesa proviene del latín “*laesae*”, participio presente del verbo “*laedo*”, que significa “*herir, injuriar, causar daño*” (cfr. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sentencia de diciembre 3 de 2009, rad. 32.672, única instancia).

⁷³⁰ Los Convenios de Ginebra y sus Protocolos son tratados internacionales que fijan las reglas básicas mínimas que se deben respetar dentro de un conflicto armado, en procura de disminuir la barbarie de la guerra. El Derecho Internacional Humanitario nace del primer Convenio de Ginebra, firmado en 1864, aplicable en todo tiempo y por todos los Estados, siempre que exista un conflicto. Mediante esos tratados se protege a los combatientes heridos y enfermos, para que sean socorridos y asistidos sin distinción alguna y sin importar a qué pertenezcan. Además se consagra el “*principio de distinción*” (cfr. C-291 de abril 25 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), que conlleva respeto a las personas que no participan en el conflicto, como los civiles, el personal sanitario y los miembros de las organizaciones humanitarias. El primer Convenio protege a los heridos y a los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, durante la guerra; el segundo realiza la misma protección frente a los naufragos de una fuerza armada; el tercero a los prisioneros de guerra y el cuarto a los civiles. Cabe recordar que Colombia adoptó los cuatro Convenios de Ginebra y los tres Protocolos adicionales (sobre conflictos internacionales, conflictos no internacionales y emblemas distintivos), mediante las Leyes 5ª de 1960, 11 de 1992 y 171 de 1994. Esos tratados se complementan además con el Derecho de La Haya o Derecho de la Guerra, relacionado con el manejo de las hostilidades bélicas, nacido en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907.

⁷³¹ Este Protocolo hace referencia, entre otros aspectos, a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, incluyendo los heridos, los enfermos, los médicos, las unidades médicas y de transporte médico, y a las misiones religiosas. Además, reconoce la protección de los emblemas distintivos correspondientes. Ese instrumento es aplicable en Colombia en virtud de la Ley 11 de 1992. Con todo, en aplicación del artículo 214.2 de la Constitución, las reglas del derecho internacional humanitario deben respetarse en todo caso, pues su validez es “*absoluta y universal y no depende de su consagración en el ordenamiento positivo*” (cfr. Corte Constitucional, sentencia C-574 de octubre 28 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón). Así mismo, acorde con el artículo 93 superior, aquellos tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia prevalecen en el orden interno.

⁷³² Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, auto de segunda instancia de septiembre 21 de 2009 (rad. 32.022, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez).

principio de juez natural, se circunscribió a los delitos perpetrados por los vencidos durante la Segunda Guerra Mundial.

Los “Principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg”⁷³³, señalaron que toda persona que por acción u omisión cometa un acto que constituya delito de derecho internacional, será responsable y estará sujeto a sanción (Principio I). Además, aunque el derecho interno no imponga una pena por el acto atribuido, no se podrá eximir de responsabilidad a quien lo ejecutó (Principio II).

En ese conjunto de Principios fueron enunciados, no de forma taxativa, algunos comportamientos constitutivos de delitos de derecho internacional, como delitos contra la paz⁷³⁴, delitos de guerra⁷³⁵ y delitos contra la humanidad⁷³⁶ (Principio VI).

Con todo, la jurisprudencia especializada, tanto foránea como nacional, ha coincidido en señalar que los delitos de lesa humanidad no sólo tienen lugar durante un conflicto armado, sino también en “*tiempos de paz*”⁷³⁷.

En concordancia con lo anterior, el Estatuto de la Corte Penal Internacional⁷³⁸ incluyó dentro de las conductas sujetas a su competencia los “*crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto*” (art. 5°), dentro de los cuales se encuentran el genocidio, los crímenes de lesa humanidad⁷³⁹, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

⁷³³ Esos Principios fueron aprobados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en 1950 y presentados a su Asamblea General (cfr. <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>, consultada en septiembre 27 de 2011).

⁷³⁴ Son delitos contra la paz: “i) *Planear, preparar, iniciar o hacer una guerra de agresión o una guerra que viole tratados, acuerdos o garantías internacionales*”; y “ii) *Participar en un plan común o conspiración para la perpetración de cualquiera de los actos mencionados en el inciso i)*”.

⁷³⁵ Los delitos de guerra, según el literal b) del Principio VI, son, enunciativamente: “*Las violaciones de las leyes o usos de la guerra, que comprenden, sin que esta enumeración tenga carácter limitativo, el asesinato, el maltrato, o la deportación para trabajar en condiciones de esclavitud o con cualquier otro propósito, de la población civil de territorios ocupados o que en ellos se encuentre, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas que se hallen en el mar, la ejecución de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificable de ciudades, villas o aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares.*”

⁷³⁶ El literal c) del Principio VI lista los delitos contra la humanidad: “*El asesinato, exterminio, esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, o en relación con él.*”

⁷³⁷ Así lo señaló la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la sentencia de diciembre 3 de 2009 (rad. 32.672), reiterando lo consignado en el referido auto de septiembre 21 de 2009 y recordando que el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, mediante sentencia de apelación del caso “*Tadic*” dictada en noviembre 14 de 1995, “*afirmó que no se requiere probar la relación de los delitos en cuestión con situaciones de conflicto armado*”.

⁷³⁸ Adoptado por la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas en Roma, en julio 17 de 1998. Ese instrumento internacional fue ratificado por Colombia mediante Ley 742 de 2002.

⁷³⁹ El artículo 7° del Estatuto de la Corte Penal Internacional preceptúa:

“1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘*crimen de lesa humanidad*’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) *Asesinato;*
- b) *Exterminio;*
- c) *Esclavitud;*
- d) *Deportación o traslado forzoso de población;*
- e) *Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;*
- f) *Tortura;*
- g) *Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable;*
- h) *Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;*
- i) *Desaparición forzada de personas;*
- j) *El crimen de apartheid;*
- k) *Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.*

2. A los efectos del párrafo 1:

Resulta evidente que una serie de instrumentos internacionales, prevalentes sobre el ordenamiento jurídico interno y reafirmados en la Constitución Política, imponen a Colombia tipificar, investigar, juzgar y sancionar adecuadamente todos esos graves comportamientos, ya se trate de graves violaciones a los derechos humanos o de serias infracciones al derecho internacional humanitario. En consecuencia, el Estado colombiano será responsable por acción o por omisión si no existe una investigación seria, acorde con la normatividad nacional e internacional (cfr. C-370 de 2006).

Entonces, como ha indicado también la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las violaciones graves al derecho internacional humanitario deben ser castigadas *“como atentados que no sólo afectan la vida, la integridad física, la dignidad, la libertad de las personas, entre otros bienes relevantes, sino que atentan contra valores fundamentales reconocidos por la humanidad entera y compilados en el conjunto de normas que conforma el llamado derecho internacional humanitario”*⁷⁴⁰.

Igualmente, en la precitada sentencia de la Corte Constitucional C-936 de 2010 se recordó que los estándares internacionales establecidos en materia de derechos de las víctimas y de la sociedad frente a este tipo de graves conductas, han sido incorporados al ordenamiento jurídico interno (bloque de constitucionalidad) y, por ende, son *“un marco referencial insoslayable para el diseño de la política pública en materia penal”*.

Además, a renglón seguido, en la providencia citada esta corporación reseñó esos principales compromisos del Estado frente a las víctimas de esas censurables conductas que impactan a la comunidad internacional en general. En esa decisión se consignó, al respecto:

“Los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario establecen los siguientes deberes del Estado en relación con las víctimas de violaciones a sus mandatos: (i) garantizar recursos accesibles y efectivos para reivindicar sus derechos; (ii) asegurar el acceso a la justicia; (iii) investigar las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; y (iv) cooperar en la prevención y sanción de los delitos internacionales y las graves violaciones de derechos humanos.”

a) Por ‘ataque contra una población civil’ se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política;

b) El ‘exterminio’ comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

c) Por ‘esclavitud’ se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

d) Por ‘deportación o traslado forzoso de población’ se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por ‘tortura’ se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por ‘embarazo forzado’ se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por ‘persecución’ se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por ‘el crimen de apartheid’ se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por ‘desaparición forzada de personas’ se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepción que la que antecede.”

⁷⁴⁰ Auto de segunda instancia de septiembre 21 de 2009, ya referido.

Partiendo de lo anterior, en la sentencia C-936 de 2010 recién citada, se expresó que esas “*exigencias deben ser consideradas e incorporadas en el diseño de la política pública establecida para enfrentar de manera permanente el fenómeno de la criminalidad*”. Además, se aclaró: “*No obstante, la comunidad internacional ha advertido que se trata de garantías que no se suspenden ni interrumpen en los modelos denominados de justicia transicional*”⁷⁴¹, y en consecuencia los Estados deben asegurar, aún en estos contextos, estándares mínimos en materia de justicia, verdad y reparación”.

En ese mismo fallo la Corte Constitucional precisó que la flexibilidad propia de la justicia transicional no deslía las graves violaciones contra derechos humanos, ni puede obstaculizar que los responsables contribuyan en la identificación de la verdad y reciban “*algún tipo de sanción*”. Lo anterior quedó plasmado en los siguientes términos:

“25. De modo que, trátase de una estrategia político criminal establecida para enfrentar de manera permanente el fenómeno de la criminalidad, como explícitamente lo señalan el texto de la ley y los debates legislativos que le precedieron, o de un mecanismo de justicia transicional, como lo aducen algunos de los intervinientes, la Ley 1312 de 2009 debe ceñirse a los estándares internacionales acogidos por el ordenamiento interno, en materia de garantía y efectividad de los derechos de las víctimas de grave criminalidad, pues tal como lo registra la jurisprudencia de esta Corte, la comunidad internacional ha aceptado que ‘la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige una cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial.(...) pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción’”⁷⁴².”

Bajo tales parámetros, procede la Corte Constitucional a realizar el análisis de las expresiones demandadas.

6.3. Sobre el posible exceso en el otorgamiento de beneficios a los autores del delito de concierto para delinquir simple o agravado, a partir de considerarlo como delito de lesa humanidad.

Como se explicó anteriormente, el artículo 1° de la Ley 1424 de 2010 señala que esa preceptiva busca contribuir al logro de la paz perdurable y a la satisfacción de las garantías de la verdad, la justicia y la reparación, dentro del marco de la justicia transicional. Resulta así aplicable a la conducta de las personas desmovilizadas de grupos armados al margen de la ley, que hubieren incurrido, únicamente, en delitos de *concierto para delinquir simple o agravado*, utilización ilegal de

⁷⁴¹ “En el contexto de la comunidad internacional se ha admitido una nueva noción de Justicia, que atiende a la necesidad de alcanzar la efectividad del derecho a la paz en aquellas sociedades en situación de conflicto, pero que a la vez pretende responder, aún en estas circunstancias, al imperativo de enjuiciar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario y lograr el esclarecimiento de la verdad. Esta noción de Justicia, denominada de transición o justicia transicional opera dentro del tránsito de un período de violencia a otro de consolidación de la paz y de vigencia del Estado de Derecho, o de autoritarismo a otro de respeto al pluralismo democrático. Sin embargo, se ha hecho énfasis ‘en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos’ (C-370 de 2006). La doctrina especializada ha advertido, sobre la importancia de que el concepto de justicia transicional, construido en el contexto internacional, trascienda un contenido meramente retórico para hacerlo ‘eficaz instrumentalmente y observable en la realidad’. Los procesos de transición parten frecuentemente del reconocimiento de la existencia de una situación de violación masiva y sistemática de derechos humanos, y de la necesidad de poner fin a la impunidad. Este último cometido solo se puede lograr de manera legítima a través de la materialización de los derechos de las víctimas. ‘Se trata de un uso democrático de la justicia transicional porque tiene el propósito de dar fin a la impunidad a través de la materialización de los derechos de las víctimas y, al hacerlo, busca lograr el reconocimiento y la efectiva protección de los derechos humanos en contextos en los cuales estos derechos han sido violados masiva y sistemáticamente’. (Uprimny Rodrigo, María Paula Saffon, Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia. Bergsmo, M. y Kalmanovitz, P. (eds.). 2007. Law in Peace Negotiations, FICJC Publication Series 2 (2007), International Peace Research Institute in Oslo (PRIO).”

(Está en negrilla en el texto original.)

⁷⁴² Corte Constitucional, sentencia C-936 de 2010.

uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o de defensa personal, como consecuencia de su permanencia en dichas agrupaciones.

En general, los ciudadanos demandantes plantean que el segmento normativo impugnado, es decir, el que contempla el delito de *concierto para delinquir simple o agravado* como uno de los que otorgan a sus autores derecho a los beneficios contemplados por dicha ley, desconoce el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar aquellos comportamientos que conlleven graves violaciones a los Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario. Igualmente, consideran que también se conculcan los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Sostienen los actores que la inclusión de este delito dentro de aquel listado, contraría los artículos 2º, 13, 29, 93 y 229 de la Constitución, así como algunos instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, ampliamente referidos. En su sentir, esa conducta ha sido catalogada como un delito de lesa humanidad y, por ende, no puede permitirse a los responsables gozar de esas prerrogativas, habida cuenta que ello implicaría un desconocimiento de la obligación del Estado de investigar y sancionar tal tipo de comportamientos. Además, afirman que vulnera el principio de igualdad frente a personas acusadas por delitos de menor entidad, quienes resultan sometidos a un tratamiento más gravoso.

Algunos intervinientes coadyuvan las pretensiones de la demanda, frente a las glosas lanzadas contra ese segmento del artículo 1º de la Ley 1424 de 2010, señalando que el concierto para delinquir ha sido catalogado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, bajo ciertos supuestos, como un delito de lesa humanidad y, por ende, los responsables de ese tipo de conductas no pueden recibir tales beneficios. Además, el tratamiento resulta desproporcionado frente a quienes cometen otro tipo de delitos menos graves.

En contraste, el Procurador General de la Nación y otros intervinientes consideran que la Ley 1424 de 2010 no establece beneficios para quienes atenten contra los Derechos Humanos, pues no en todos los casos el concierto para delinquir conlleva, en sí misma, la ejecución de un delito de lesa humanidad. Igualmente, algunos proponen que se efectúe una ponderación entre los fines perseguidos con la justicia transicional y los beneficios reconocidos por esa Ley.

6.3.1. Al respecto, como fue destacado al realizar el análisis sistemático del articulado que conforma la Ley 1424 de 2010, si bien hay previsiones dadas, no es exacto que estén graciosamente dirigidas a propiciar la impunidad ni a afectar a las víctimas, sino que, una vez más, se está ensayando allanar un camino hacia la paz.

Está visto que cualquier comportamiento que pueda resultar subsumido en un tipo penal, debe ser investigado por la Fiscalía General de la Nación (art. 250 superior), salvo excepciones tales como el hecho de requerirse querrela o en caso de resultar aplicable el principio de oportunidad. Adicionalmente, todos los servidores judiciales están en la obligación de hacer efectivos los derechos sustanciales y alcanzar la verdad, como forma de materialización de la justicia.

6.3.2. En concordancia con lo anterior, el Estado se encuentra en la obligación de ser eficaz en la lucha contra el crimen y en la erradicación de la impunidad, adoptando las medidas apropiadas para que las conductas punibles sean esclarecidas y los responsables individualizados, de manera que, tras la plena observancia de las garantías procesales y probada la autoría o participación más allá de toda duda, se les condene e imponga una pena proporcional, propiciando el restablecimiento del derecho y la consiguiente restauración.

Igualmente, en concordancia con lo expuesto, deben ser garantizados los derechos de las víctimas, no sólo para que les sean reparados los perjuicios sufridos, sino para que se materialice la justicia y tengan cabal información sobre la verdad de lo acaecido.

Todas esas obligaciones adquieren mayor importancia cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos, más aún ante crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad, propios de un conflicto armado o en tiempos de paz, frente a los cuales, como se explicó con antelación y quedó consignado en la sentencia C-936 de 2010, esos deberes menos pueden ser desconocidos, ni aún en los casos en que se de aplicación a mecanismos de justicia transicional. Por ende, no puede existir inactividad estatal al respecto.

6.3.3. Con todo, encuentra la Corte Constitucional que establecer que los desmovilizados de grupos armados al margen de la ley, que hubieran incurrido únicamente, entre otros, en el delito de “*concierto para delinquir simple o agravado*”, como consecuencia a su pertenencia a dichas organizaciones, dentro del marco de la justicia transicional, en procura de la paz perdurable y la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación no constituye *per se* afrenta o desconocimiento de las obligaciones de perseguir y castigar graves comportamientos contra Derechos Humanos.

La proscripción de la impunidad responde al clamor internacional por evitar que cualquier delito, en particular los más censurables comportamientos contra esas preponderantes garantías, no sea debidamente investigado, juzgado y sancionado, acorde con la gravedad de las conductas, esto es, prever que sus responsables no se mantengan de hecho o de derecho al margen de sus enjuiciamientos o de las penas adecuadas.

En el campo de la Ley 1424 de 2010 y respecto de aquellas personas que se encuadren dentro de los presupuestos contenidos en su artículo 1°, lo cierto es que la aplicación de los beneficios contenidos en la ley y que en esta providencia han sido explicados, no implica que el Estado colombiano renuncie a la investigación y juzgamiento de esas conductas, en particular el concierto para delinquir, sea simple o agravado.

Por el contrario, según resulta del artículo 5° de la misma preceptiva, es necesario que exista una actuación judicial y que sea dentro del marco de ella, o incluso una vez culminada con sentencia condenatoria, que se pueda examinar o no la suspensión de las órdenes de captura u otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena que se hubiere impuesto.

En efecto, en estos casos la pena correspondiente deberá ser fijada por el juez de conocimiento, dentro de los límites, parámetros, lineamientos y cuartos constitucionales y legales, ante un demostrado delito de los relacionados en el artículo 1°, entre ellos el concierto para delinquir, simple o agravado.

Además, en estos casos, tanto la Fiscalía General de la Nación como los jueces de la República deberán velar no sólo por el respeto de las garantías fundamentales de los acusados, sino por el reconocimiento de los derechos de las víctimas, incluyendo la materialización de la reparación de los daños irrogados, en todos sus aspectos, al punto que para que el Gobierno Nacional pueda hacer las solicitudes correspondientes a las autoridades judiciales se exige, no sólo que existan manifestaciones inequívocas de compromiso con la verdad y la paz, sino además la indemnización de las víctimas, debiendo los jueces competentes no sólo negar las concesiones pretendidas cuando no se verifiquen los presupuestos exigidos en la propia ley, sino revocarlas cuando quiera que se incumplan las obligaciones adquiridas por los beneficiarios.

Quiere decir lo anterior que para la aplicación de los supuestos de la Ley 1424 de 2010 debe existir una acción penal formal, dentro de todos los parámetros del debido proceso, con el reconocimiento de las víctimas y sus derechos, tal como ocurre ante cualquier delito cometido por personas diferentes a las relacionadas en el artículo 1°. Y que además, tratándose de comportamientos correspondientes a graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o crímenes de lesa humanidad, esos parámetros adquieren mayor relevancia, sin que pueda dejarse de lado la oficiosidad que en todo momento es exigible al Estado, pues en ningún caso podrán quedar sin investigar, juzgar y, si fuere procedente, sancionar esas conductas.

Nótese que en la exposición de motivos del proyecto de ley 202 de 2010 Senado - 149 de 2010 Cámara, que pasaría a convertirse en la Ley 1424 de 2010, expresamente se insistió en que los mecanismos de justicia transicional allí contenidos no sólo buscan la reintegración a la sociedad de los individuos cobijados por esa normatividad, sino atender el clamor consignado en la jurisprudencia de proteger y hacer efectivos los derechos de las víctimas.

Al respecto, en dicha exposición de motivos se advirtió⁷⁴³:

“Con el presente proyecto se pretende generar un mecanismo no judicial que complemente los existentes en materia de Justicia Transicional y, particularmente, hallar un equilibrio justo entre los dos extremos en que se circunscribe la dinámica del actual proceso de transición, a saber: por una parte, i) la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, y, por la otra, ii) los procesos de reintegración a la vida civil de ex miembros de grupos armados organizados al margen de la ley desmovilizados que no hubieren cometido delitos circunscritos al ámbito de aplicación material de la Ley 975 de 2005.

La situación abordada por el texto del proyecto, y que se pretende solucionar es, entonces, la continuidad efectiva de la política de reintegración a la vida civil de los desmovilizados que no tengan pendientes deudas con la justicia penal por conductas diferentes a las que se configuran por su sola pertenencia a los grupos armados ilegales (concierto para delinquir simple o agravado, utilización ilegal de uniformes e insignias, utilización ilícita de equipos transmisores o receptores, y porte ilegal de armas de fuego o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas o de defensa personal), sin que ello limite el ejercicio de la acción punitiva por parte del Estado y la materialización de los derechos de las víctimas a la verdad, a la reparación y a las garantías de no repetición.”

Acorde con todo lo expuesto, el reconocimiento de las prerrogativas contenidas en la Ley 1424 de 2010 a quienes hayan incurrido en *concierto para delinquir simple o agravado*, en las condiciones y circunstancias exigidas en el artículo 1° de esta Ley, no desconoce las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano y que forman parte del ordenamiento jurídico e incluso prevalecen sobre éste, en lo relacionado con la tipificación, investigación, juzgamiento y sanción de comportamientos que constituyan delitos graves conforme al derecho internacional.

Tampoco son vulnerados por ese solo hecho los derechos de las víctimas a la reparación, la verdad y la justicia, estas últimas predicables también de la sociedad, frente a graves violaciones contra derechos humanos. En consecuencia, no se alteran las condiciones que conducirían al orden justo y a la convivencia pacífica, máxime si se tiene en cuenta que las altruistas finalidades del artículo 1° de la Ley 1424 de 2010 son la paz perdurable y la satisfacción de esas garantías de verdad, justicia y reparación, promoviendo coetáneamente la resocialización de los desmovilizados.

Entonces, no le asiste razón a los demandantes, ni a quienes coadyuvan su petición de declarar inexecutable la expresión *“concierto para delinquir simple o agravado”*, contenida en el artículo 1° de la Ley 1424 de 2010, que la Corte Constitucional declarará executable, por los cargos invocados en la demanda.

6.4. Sobre la imposibilidad de utilizar como prueba judicial la información surgida en relación con los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*.

El artículo 4° de la Ley 1424 de 2010, parcialmente demandado, establece la creación de un mecanismo no judicial de contribución a la *“verdad y la memoria histórica”*, cuyo fin es recolectar, sistematizar y preservar la información que surja de los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*, y emitir los informes a que haya lugar.

⁷⁴³ Cfr. Gacetas del Congreso 978 de noviembre 29 de 2010 y 981 de noviembre 30 siguiente.

El inciso 2° de esa disposición señala: *“La información que surja en el marco de los acuerdos de que trata este artículo no podrá, en ningún caso, ser utilizada como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto que suscribe el Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y a la Reparación o en contra de terceros.”*

Los ciudadanos demandantes consideran que el inciso impugnado, al impedir que esa información sea empleada en procesos judiciales contra quien suscribió el acuerdo o contra terceros, tratándose de violaciones a los Derechos Humanos, obstruye gravemente los deberes del Estado de investigar y juzgar esos comportamientos y, por contera, la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

En consecuencia, en la demanda se solicita declarar inexecutable ese inciso segundo del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010. O, en subsidio, condicionar su exequibilidad, bajo el entendido de que esa disposición no impedirá que la información recaudada sea empleada como prueba cuando se trate de la investigación y el juzgamiento de comportamientos relacionados con graves violaciones a los Derechos Humanos, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, petición que es apoyada por unos intervinientes. Otros consideran que dicho mecanismo no tiene entidad suficiente para acreditar la veracidad de la información contenida en los *Acuerdos*.

De otro lado, el Procurador General de la Nación y algunos intervinientes proclaman la exequibilidad de la norma, al considerar que constituye un mecanismo para garantizar los derechos a la verdad y a la reparación, al mismo tiempo que busca facilitar y garantizar el proceso de resocialización. Otros, observan el mismo efecto al estimar que esa información, al no ser compilada dentro de una actuación judicial no puede tener efectos probatorios, pues constituiría una violación al debido proceso y que la limitación contenida en la preceptiva demandada no afecta el deber estatal de investigar y sancionar graves comportamientos.

En el análisis de la expresión demandada, se debe recordar que atendiendo la relevancia de los graves comportamientos vulneradores de derechos humanos en el mundo, se ha concretado que las víctimas de esas nocivas conductas tienen no sólo el derecho a la reparación y a la justicia, sino a la verdad y a la memoria, como forma de evitar la repetición de esa clase de actos.

En tal sentido, el preámbulo del ya referido *Conjunto de Principios actualizados para la protección y la promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad*, señala que en interés de las víctimas de las violaciones a ese tipo de prerrogativas, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, debe asegurarse el respeto efectivo no sólo del derecho a la justicia y a la reparación, sino a un saber, materializado mediante el derecho a la verdad. De lo contrario, no puede existir un verdadero recurso eficaz contra las nefastas consecuencias de la impunidad.

De ese modo, se consigna que la verdad es un derecho inalienable de cada pueblo (Principio 1°), por cuyo respeto se permite conocer las circunstancias que llevaron a la ejecución de crímenes *“aberrantes”*, al tiempo que se establece una salvaguarda frente a la repetición de esas conductas.

Entonces, el referido Conjunto de Principios establece no sólo la existencia de un derecho a la memoria y a la verdad, sino la de un deber de recordar (Principio 2°), pues esos acontecimientos forman parte del patrimonio de los pueblos. En consecuencia, cada Estado debe adoptar las medidas necesarias para alcanzar la materialización de esas facultades.

Así, independientemente de las acciones judiciales que puedan generarse, tanto las víctimas como sus familias y allegados tienen el derecho a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometan las graves violaciones a derechos humanos. Ello por cuanto, según se ha señalado, a los Estados les debe corresponder el establecimiento de medidas, no necesariamente judiciales, para hacer efectivo el derecho a saber. A ese respecto, el Principio 4° indica:

“Incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer

efectivo el derecho a saber. Las medidas apropiadas para asegurar ese derecho pueden incluir procesos no judiciales que complementen la función del poder judicial.”

Dentro de esos lineamientos, se permite además la creación de comisiones de la verdad, o de otras comisiones de investigación, que no poseen carácter judicial. En el Conjunto de Principios se consigna como definición que esas comisiones son aquellos *“órganos oficiales, temporales y de constatación de hechos que **no tienen carácter judicial** y se ocupan de investigar abusos de los derechos humanos o el derecho humanitario que se hayan cometido a lo largo de varios años”* (negrilla fuera del texto original), definición contrastada por los esfuerzos no gubernamentales que también puedan desarrollarse.

Así, las sociedades que hayan experimentado *“crímenes odiosos”*, perpetrados masiva o sistemáticamente, podrán crear comisiones de la verdad u otras de investigación, cuyo objeto sea *“establecer los hechos relativos a esas violaciones de manera de cerciorarse de la verdad e impedir la desaparición de pruebas”*. Con todo, *“se debe garantizar la preservación de los archivos relativos a las violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y la posibilidad de consultarlos”* (Principio 5°).

Adicionalmente, esas comisiones tienen objetivos y ámbito de acción limitados y no pueden, en modo alguno, reemplazar a la justicia. Así se estatuye en el Principio 8°, en cuanto *“únicamente los tribunales penales tienen competencia para determinar la responsabilidad penal individual a fin de pronunciarse, llegado el caso, sobre la culpabilidad y seguidamente sobre la pena”*.

Dada la importancia de recopilar adecuadamente la información obtenida por tales comisiones, también se ha consagrado una serie de exigencias frente a la preservación de los archivos y su consulta, como garantía y extensión del derecho a saber (Principio 14). Por ende, la consulta de los archivos debe facilitarse, en interés general de la sociedad entera y, en particular, de las víctimas y de sus familiares, al igual que de imputados y acusados.

Como quedó visto, dentro del Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la Impunidad, marco conceptual de gran relevancia como fuente de Derecho Internacional, se consagra que para el adecuado cumplimiento de las obligaciones inherentes a cada Estado con relación a graves violaciones de Derechos Humanos, se consagró el *“derecho a saber”*, que reafirma la verdad como una garantía inalienable de los pueblos, tratándose del derecho imprescriptible de las víctimas y sus familias *“a saber”* las circunstancias en las que se cometieron esas violaciones (Principio 4°).

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha indicado que el derecho a la verdad no sólo le corresponde a de la víctima directa de una conducta punible, pues tal potestad se extiende a sus familiares y a la sociedad. En ese sentido, en la ya referida sentencia C-370 de 2006, al estudiar la constitucionalidad de la Ley de Justicia y Paz, se estableció que la verdad implica i) el derecho de la víctima *“a conocer la verdad de lo sucedido, a saber quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen por el Estado, y a que se prevenga la impunidad”*; ii) para los familiares de la víctima, *“la posibilidad de conocer lo sucedido a ésta, y, en caso de atentados contra el derecho a la vida, el derecho a saber dónde se encuentran sus restos; en estos supuestos, este conocimiento constituye un medio de reparación y, por tanto, una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad como un todo”*; y iii) para la sociedad, ese mismo derecho se encamina a *“la divulgación pública de los resultados de las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos”*, además de resguardar el interés de la comunidad a que se investigue, se recree la verdad y se sancione el delito en los eventos en los que sea procedente.

En igual sentido, en la sentencia C-454 de junio 7 de 2006 (M. P. Jaime Córdoba Triviño) se reitera que el derecho a la verdad es una garantía inalienable e imprescriptible que, de no ser atendida, afecta la dignidad humana, como quiera que priva de información vital a una persona que participa dentro de un proceso, como el penal; de tal manera, *“el acceso a la verdad aparece*

así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima”.

Visto todo lo anterior, no sólo en el marco de la justicia transicional, sino en todo lo relacionado con graves violaciones a Derechos Humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, se impone la obligación de garantizar a las víctimas y a la sociedad los derechos a la verdad y a la memoria, no sólo mediante los mecanismos judiciales ordinarios, sino en otros, que no reemplazan a aquéllos.

6.4.1. La información proveniente de los *Acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación*, no puede emplearse en un proceso judicial contra el desmovilizado que lo suscribe.

Ahora bien, aunque los actores y unos intervinientes afirman que el inciso 2° del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010 desconoce las obligaciones del Estado de perseguir graves comportamientos, como los de relevancia transnacional, lo cierto es que, según se infiere de lo planteado al analizar de manera integral dicha Ley, no se trasgrede la obligación del Estado de investigarlos, ni de juzgarlos adecuadamente.

Bajo esos supuestos, el hecho de que la información contenida en los *“Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación”*, no pueda *“ser utilizada como prueba”* en un proceso judicial contra quien lo suscribe, no es óbice para que se surtan los enjuiciamientos de graves comportamientos de trascendencia no solo local sino internacional.

Recuérdese que, incluso en el marco de la justicia transicional, las garantías mínimas de las víctimas no pueden ser pasadas por alto, máxime cuando atañen a la colectividad, por ser la verdad parte de su patrimonio y garantía de no repetición.

Efectivamente, en la justicia transicional, como antes fue definido y es propio de la Ley 1424 de 2010, para alcanzar las loables finalidades de contribuir a la paz perdurable, al igual que la satisfacción de las garantías de verdad, justicia y reparación y la resocialización de los individuos a los cuales esta especial preceptiva ha de aplicarse, se ha creado ese mecanismo transicional, que es el denominado *Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*.

Se procura de tal manera, que en favor de valores y derechos superiores como la verdad, la memoria, la justicia y la reparación, dichos *Acuerdos* sean un complemento jurídico hacia la reconciliación nacional. Para tal efecto, el incentivo propuesto y el condicionamiento para acceder a las prerrogativas reconocidas principalmente en los artículos 6° y 7° *ibídem*, es indispensable que el interesado se comprometa con el proceso de reintegración a la sociedad, contribuya al esclarecimiento de la conformación de los grupos armados organizados al margen de la ley, su participación en la misma y todos los hechos o actuaciones que le consten.

Dado lo anterior, el hecho de que el inciso 2° del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010 no permita emplear la información contenida en esos *Acuerdos* contra quien la suministró, guarda consonancia con el artículo 33 superior⁷⁴⁴ que consagra el principio de no auto incriminación, según el cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. De lo contrario, el ofrecimiento que en procura de la paz se le brinda a los desmovilizados que cumplan los supuestos del artículo 1° de esta ley, se trocaría en señuelo para una auto-inculpación inducida, que desconocería esa máxima superior.

La Corte Constitucional ha puntualizado que la inmunidad contenida en el artículo 33 de la Constitución, extendida a asuntos criminales, correccionales, de policía⁷⁴⁵ y otros donde esté

⁷⁴⁴ Cfr., en el mismo sentido, arts. 14.3.g) del PIDCP y 8°.2.g) de la CADH.

⁷⁴⁵ Cfr. C-426 de septiembre 4 de 1997 (M. P. Jorge Arango Mejía) y C-622 de noviembre 4 de 1998 (M. P. Fabio Morón Díaz), reiteradas en C-422 de mayo 28 de 2002 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).

envuelta la potestad sancionatoria del Estado, conlleva que *“toda actuación de las autoridades tendiente a obtener su confesión involuntaria se encuentra prohibida, sin que esta prohibición pueda entenderse como una excusa para incumplir el deber de colaborar con la administración de justicia”*⁷⁴⁶.

En esa misma sentencia C-422 de 2002, se recordó que esta Corte, mediante sentencia C-052 de febrero 18 de 1993 (M. P. Jaime Sanín Greiffenstein), declaró exequible el Decreto Legislativo 1833 de 1992, mediante el cual fueron expedidas unas normas sobre concesión de beneficios por colaboración con la justicia. Ese Decreto incluía un excepcional beneficio⁷⁴⁷ que se otorgaba a quienes rindieran declaraciones en asuntos de competencia de la extinta justicia regional, según el cual el favorecido no sería objeto de investigación, ni sometido a acusación por los hechos revelados en sus manifestaciones.

En la sentencia C-052 de 1993, frente al referido beneficio, se explicó:

“La esencia de la disposición consiste en la creación de una garantía en favor del testigo que rinda declaración sobre la forma o circunstancias en que se realizó un hecho punible del cual ha tenido conocimiento y que sea de competencia de los jueces regionales, quién o quiénes son los autores materiales o intelectuales del ilícito y cualquier otro hecho que permita determinar la responsabilidad penal de los autores o partícipes de esos delitos, que consiste en la prerrogativa de que no serán investigados o acusados por los hechos sobre los cuales rindieron su versión.”

Así, para explicar la constitucionalidad de aquella disposición, análoga a la que ahora es estudiada, en el fallo citado se expuso que esa preceptiva guardaba consonancia con el artículo 33 de la Constitución, al tiempo que es una materialización de políticas del Estado para la prosecución de delitos.

Con relación a ello y por su relevancia para el presente asunto, debe recordarse que la Corte Constitucional puntualizó en el referido fallo C-052 de 1993:

⁷⁴⁶ C-422 de 2002, precitada.

⁷⁴⁷ El artículo 1° del Decreto Legislativo 1833 de 1992 señalaba: *“En los procesos que se adelanten por los delitos de competencia de los jueces regionales, el Fiscal General de la Nación o el Vicefiscal podrán garantizar, previo concepto del Procurador General de la Nación, que el testigo no será sometido a investigación ni acusación por los hechos en relación con los cuales rinda declaración, cuando su versión pueda contribuir eficazmente a determinar la responsabilidad penal de los autores o partícipes de los mencionados delitos.”*

Las personas beneficiarias de la garantía anterior, en ningún tiempo podrán ser objeto de investigación o de acusación por los hechos respecto de los cuales hubieren rendido declaración.

Si el declarante estuviere ya vinculado al proceso penal como presunto autor o partícipe no podrá ser objeto de la garantía a que se refiere este artículo y solamente podrá recibir los demás beneficios que prevén en el Código de Procedimiento Penal o en otras leyes penales especiales.

La garantía de que trata este artículo se concederá previo estudio de la conveniencia y eficacia de la declaración del testigo.

Dicho estudio se fundamentará, por lo menos, en alguno o algunos de los siguientes aspectos:

- a) El valor de la declaración para incriminar al autor intelectual o a los demás autores intelectuales del hecho punible.*
- b) La gravedad del hecho punible y del daño social causado por éste.*
- c) Que la declaración pueda conducir a la identificación de los autores a partícipes de otros delitos.*

La garantía podrá concederse a testigos que se encuentren dentro o fuera del territorio nacional.

Negada la garantía, no podrán utilizarse las declaraciones previas que hubiere efectuado el testigo.

El Fiscal General de la Nación o el Vicefiscal, en su caso, de manera inmediata deberá rendir informe escrito ante la Corte Suprema de Justicia, a través de su Presidente, sobre las razones por las cuales otorgó la garantía en cada ocasión.”

“Se trata, entonces, de una forma de respetar el derecho de no autoincriminación, que garantiza el art. 33 constitucional, al tiempo que se asegura la obtención de información de interés para las investigaciones.

Tampoco halla la Corte que los preceptos enunciados infrinjan mandato constitucional alguno, pues el Estado está autorizado por razones de política criminal a conceder beneficios especiales a cambio de la colaboración de la ciudadanía para el esclarecimiento de hechos punibles y la determinación de la responsabilidad penal de los autores o partícipes de los mismos, máxime si son de los que conocen los jueces regionales, los cuales causan mayor impacto y repercusión en la situación de orden público que hoy atraviesa el país y es así como en ocasiones anteriores se han tomado medidas similares como por ejemplo la de establecer recompensas en favor de quienes informen sobre los autores de delitos, la rebaja de penas a quienes confiesen los hechos punibles que hubieren cometido, la reserva de la identidad de testigos, etc.

El interés estatal con la expedición de esta disposición, es entonces lograr el esclarecimiento de los hechos en forma pronta y acertada para que no queden impunes innumerables delitos que en razón a la falta de colaboración de los testigos, no es posible determinar el autor o partícipe de los mismos y que por esta circunstancia, la administración de justicia se ha visto perjudicada en su buen nombre y credibilidad por no haber podido condenar y castigar a los responsables de tantos hechos ilícitos que están ocurriendo a manos de las organizaciones de narcotraficantes y guerrilleros, y que están alterando en forma considerable el orden público interior.

Aun a falta de una norma positiva que en forma expresa lo indique, es bien sabido y está del todo aceptado que al Estado corresponde la función punitiva, mediante la cual define las conductas que quedan prohibidas bajo sanción y establece, por lo tanto, el delito y la pena.

Esta tarea que se lleva a cabo en seguimiento de una determinada política criminal y que corresponde a la defensa y protección de ciertos valores y principios, puede encontrar que es necesario, para exigir la responsabilidad del agente, no solo que exista una relación causal en el mundo de la realidad sino que se compaginen otros factores, como la antijuridicidad de los hechos y la culpabilidad del autor y es entonces cuando considera, por ejemplo, los eventos clásicos y tradicionales de justificación de la conducta y de inculpabilidad. Se admite que de la misma guisa, el legislador puede otorgar exenciones y exoneraciones de la responsabilidad ya no por circunstancias anteriores o coetáneas sino por otras que vengan después, lo que equivale a conceder un verdadero perdón que extingue la acción penal a la que los hechos habían dado lugar.”

Bajo esos parámetros, es claro que en desarrollo de políticas estatales encaminadas al esclarecimiento de la verdad y la búsqueda de responsables de la comisión de delitos, resulte ajustado a la Constitución, e incluso plausible, procurar la obtención de información, otorgando ciertos beneficios al deponente, que respeten el principio superior de la no auto-incriminación.⁷⁴⁸

En ese orden de ideas, permitir en el ámbito de la justicia transicional que la información que un desmovilizado suministre en el marco de los *Acuerdos de contribución a la verdad histórica y la reparación*, no genere consecuencias adversas en su contra, más aún con las particularidades previstas en la Ley 1424 de 2010, no contraviene la carta política y es, por el contrario, acorde a los fines del Estado, pues se procura la paz perdurable, la justicia, la verdad, la indemnización de las víctimas y la resocialización de ex combatientes.

⁷⁴⁸ Otras manifestaciones de esta corporación sobre la no obligación de declarar contra sí mismo, pueden encontrarse en las sentencias C-776 de 2001 y C-782 de 2005 (en ambas M. P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-537 de 2006 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

En consecuencia, la Corte Constitucional declarará exequible el segmento del inciso segundo del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010, por los cargos analizados, según el cual la información “*que surja en el marco de los acuerdos de que trata este artículo no podrá, en ningún caso, ser utilizada como prueba en un proceso judicial en contra del sujeto que suscribe el acuerdo de contribución a la verdad histórica y a la reparación*”.

6.4.2. No acontece lo mismo frente a la expresión “*o en contra de terceros*”, contenida en la parte final de ese inciso segundo del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010, como quiera que, al menos en algunas de las hipótesis contempladas por ese genérico supuesto, **impedir que la información que surja de los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*, sea utilizada contra otras personas, resultaría contrario al deber que tienen los asociados de colaborar con la administración de justicia y desconocería los derechos de la víctima a la reparación, la verdad y la justicia, que también atañen a la colectividad.**

En efecto, como se ha indicado, existe una obligación del Estado de investigar, juzgar y sancionar todo comportamiento que revista características de delito (arts. 2°, 29, 228, 229 y 250 Const.), en particular cuando se trate de graves violaciones de derechos fundamentales, en procura de asegurar a los asociados la justicia (preámbulo Const.), entre otros principios, valores y derechos.

Es por ello que, contrario a lo que ocurre cuando, según antes se explicó, se pretende utilizar la información conocida a través de los *Acuerdos* en contra de la misma persona que la hubiere provisto, cuando se trata de terceros, salvo las excepciones que seguidamente se explicarán, no existe en realidad ningún tipo de justificación constitucional para que esa información recaudada bajo los derroteros de los artículos 2° y 3° de la Ley 1424 de 2010, no pueda ser empleada contra ellos.

Ciertamente, existen dos situaciones claramente identificadas, en las que sin contravenir la preceptiva superior, terceras personas distintas a quien suscribe el *Acuerdo* podrían ser beneficiarios de la garantía prevista en el segmento normativo aquí analizado. Estas situaciones atañen, de una parte, a los demás sujetos distintos al declarante, a quienes se refiere el artículo 33 de la carta política, esto es, el cónyuge o compañero permanente y los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; y de otra, a los demás personas que sin estar conectadas en la forma antes indicada con quien ha provisto la información mediante la suscripción de un *Acuerdo*, compartan con aquél la condición de desmovilizados, del mismo grupo.

En el caso de las otras personas listadas en el artículo 33 del texto superior, la razón que justifica el no uso de la información surgida de los *Acuerdos* es en realidad la misma que sustenta esta garantía en el caso del declarante mismo.

En efecto, tanto como sucede en ese otro evento, es claro que de no existir esa inmunidad, la posibilidad de utilizar este mecanismo (el *Acuerdo*) en aras de contribuir al esclarecimiento de la verdad y el logro de la paz podría dar lugar al enjuiciamiento de la pareja o de algún otro de los ya indicados parientes, lo que más allá de generar una situación no querida por quien suministró la información, implicaría transgresión de esta garantía constitucional. Resulta, por tanto, necesario, que exista seguridad de que la información que se suministre no será utilizada con este propósito, lo que explicaría la salvedad que en este punto establece la regla acusada, y avalaría la exequibilidad de la expresión que se estudia, en lo que a esta hipótesis se refiere.

De otra parte, se justifica también que la garantía de no uso de esa información se extienda a los demás sujetos del mismo grupo armado organizado al margen de la ley al que pertenecía el informador suscriptor del *Acuerdo*, que conforme a las definiciones y supuestos antes explicados, sean *desmovilizados*, tanto como aquél. En este caso la razón que explica esta exclusión es que de no ser así, y teniendo entonces cada uno de los *desmovilizados* la latente posibilidad de ser perseguido e incluso condenado por su participación en hechos revelados por otros integrantes de su mismo grupo que comparten con él la condición de *desmovilizados*, se frustraría entonces el propósito de negociación de quienes suscriban los *Acuerdos*, que según se dijo, es válido frente a

la Constitución, al tratarse de una medida excepcional implementada dentro del marco de un proceso de justicia transicional.

Por el contrario, es claro que en ausencia de las dos indicadas circunstancias de excepción, no habría conforme a la Constitución derecho a esa inmunidad, y por el contrario, existe un deber de colaboración con la administración de justicia y la materialización de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, que conduce a la necesidad de que las autoridades procuren el máximo aprovechamiento posible de esa información.

En este sentido debe tenerse en cuenta que despojar por completo de valor probatorio en contra de terceras personas, a los relatos que los desmovilizados hagan al suscribir los *Acuerdos*, impediría que a través de sus declaraciones estas personas cumplan también la importante misión que la Constitución atribuye a todos los residentes en Colombia, en el sentido de contribuir al buen funcionamiento de la administración de justicia.

Además, es claro que esta regla general afecta gravemente los derechos de las víctimas y sus familias, ya que si bien podría generarse un efecto positivo en lo que atañe al derecho a la verdad, ello sería a expensas de la posibilidad de que los responsables de los crímenes relatados sean efectivamente sancionados y reparen a sus víctimas, en cuanto la declaración contenida en el *Acuerdo* debilitaría la posibilidad de condenar por tales hechos a persona alguna.

De otro lado, el choque entre esta regla impeditiva e importantes valores de raigambre constitucional, se aprecia de manera evidente al recordar que una de las premisas de los sistemas de justicia transicional, es que la información recaudada debe facilitar, de manera efectiva, el esclarecimiento de los hechos relacionados con la conformación de los grupos armados organizados al margen de la ley y de todas las demás conductas o actuaciones de que se tenga conocimiento, dada su pertenencia a esas agrupaciones, que las más de las veces deben corresponder a graves delitos.

De igual manera, es necesario considerar también que esta regla, en la forma genérica en que ha quedado redactada, resultaría abiertamente inconstitucional si resguardara de la posibilidad de ser investigadas y enjuiciadas por sus graves acciones criminales a todas las personas que hubieren tomado parte en ellas, incluso a los comandantes, determinadores y ejecutores materiales, esto es, a personas que no cumplan los criterios previstos en el referido artículo 1° para tener derecho a los beneficios regulados por esta ley. En realidad, esta regla, de mantenerse en el ordenamiento jurídico, garantizaría que todo hecho que sea revelado y sobre el cual se esclarezca la verdad a través de los *Acuerdos*, quede efectivamente impune, pues la indistinta prohibición de usar esa información “*en contra de terceros*”, alcanzaría a beneficiar a la totalidad de los partícipes en esas acciones, independientemente de si se ajustan o no al perfil requerido para tener acceso a los beneficios establecidos en esta preceptiva, lo cual deviene contrario a la Constitución.

De otra parte, la información suministrada por los desmovilizados debe servir para determinar la responsabilidad penal de los autores o partícipes de graves delitos o que causen mayor impacto o repercusión. Por ende, el hecho de que un elemento de convicción provenga de los *Acuerdos* suscritos por aquellos, no puede ser óbice para que el Estado, a través de los organismos competentes, emplee esos descubrimientos para, escudriñada su verosimilitud, encaminar las indagaciones subsiguientes, claro está, dentro del marco constitucional, legal y bajo las formas propias de cada procedimiento correspondiente.

Sin duda alguna, valores superiores como la justicia, la verdad y la efectividad de los derechos y deberes de los ciudadanos, se verían truncados en aquellos eventos en los cuales, sin existir inmunidad penal ni otra consideración válida y con comparable respaldo en la Constitución, se blinden de la posibilidad de ser castigadas conductas graves perpetradas por terceros ajenos al *Acuerdo de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*, máxime cuando, según el marco teleológico de la Ley 1424 de 2010, lo que se pretende con esos *Acuerdos* no sólo es la paz

duradera y la reintegración de los desmovilizados, sino *“la satisfacción de las garantías de verdad, justicia y reparación”*.

En consecuencia, la Corte Constitucional declarará exequible la expresión *“o en contra de terceros”*, contenida en la parte final del inciso segundo del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010, pero bajo el entendido de que ese concepto cobija apenas a las otras personas distintas al declarante relacionadas en el artículo 33 superior y a los demás desmovilizados del mismo grupo armado organizado al margen de la ley al que hubiere pertenecido el deponente.

6.5. Sobre la imposibilidad de recurrir las decisiones que ponen en conocimiento de las partes las solicitudes del Gobierno Nacional para el otorgamiento de beneficios previstos en la Ley 1424 de 2010

Como quedó explicado, los actores consideran que las frases *“en contra del cual no procede ningún recurso”*, que hacen parte de los artículos 6° y 7° de la Ley 1424 de 2010, vulneran el derecho de acceso a la justicia de las víctimas de los delitos durante cuya investigación o juzgamiento se concedería el beneficio de suspensión de órdenes de captura o de la ejecución de la pena y las medidas de reparación. Alegan que esta restricción implica incumplimiento del deber que el Estado tiene de ofrecer a las víctimas de violaciones de derechos fundamentales un recurso judicial efectivo para la protección de tales derechos como al unísono lo exigen los principales tratados de derechos humanos⁷⁴⁹, que además integran el bloque de constitucionalidad.

Si bien algunos de los intervinientes respaldaron la solicitud de los actores al considerar que esa regla obstruye y dificulta la actuación de las víctimas en defensa de sus derechos dentro de los procesos penales, la mayoría de las opiniones, entre ellas la adicional del Procurador General, respaldaron la validez constitucional de esta regla, en las dos hipótesis planteadas, resaltando que las decisiones que no podrán ser recurridas no son aquellas a través de las cuales se otorguen los beneficios que en su momento hubiere solicitado a favor de algunos desmovilizados el Gobierno Nacional, sino apenas los autos de trámite que se dirigen a poner en conocimiento de las partes e intervinientes las solicitudes que en tal sentido se hubieren recibido.

Al avocar este aspecto, resalta la Corte la trascendencia de los beneficios previstos en los artículos 6° y 7° de la ley parcialmente acusada, los que como ya se explicó, hacen posible la libertad de las personas desmovilizadas cuyo historial delictivo se limite a los casos previstos en el artículo 1°, pese a la presencia de circunstancias que bajo cualquier otra consideración avalarían su aprehensión, sea como medida de aseguramiento o en cumplimiento de la pena que por los delitos comprobados se le hubiere impuesto.

Así las cosas, aún bajo un esquema de justicia transicional y en desarrollo de las normas constitucionales e internacionales que regulan la materia, resulta determinante y trascendental que las víctimas de los delitos que han dado lugar a las investigaciones dentro de las cuales se adoptarían tales medidas tengan la posibilidad de ser oídas y, llegado el caso, oponerse a la concesión de tales beneficios si, en su entender, no concurren los requisitos a los que la ley condicionó su otorgamiento.

Sin embargo, al revisar en cada caso el texto completo del inciso del cual hace parte el segmento normativo cuestionado, encuentra la Corte que le asiste razón a los intervinientes que señalaron que las decisiones que no serán susceptibles de recursos son sólo aquellas en las que se informa a las partes e intervinientes de la solicitud formulada por el Gobierno para la concesión de estos beneficios, y no las que contienen una decisión de fondo sobre lo solicitado. En efecto, en uno y otro texto, lo demandado viene a continuación de la frase *“Mediante auto de sustanciación la autoridad competente, comunicará a las partes e intervinientes acreditados en el proceso la solicitud de (...) a la que hace referencia este artículo”*; mientras que después de la expresión

⁷⁴⁹ Entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

acusada se lee, también en ambos eventos, *“Por su parte, la decisión frente a la solicitud de suspensión (...) será notificada a los mismos”*, término este último, en plural, que sin duda alude a las partes e intervinientes antes referidos.

De otra parte cabe recordar que, contrario a lo que ocurre con la decisión de informar, y según antes se explicó, las resoluciones de fondo que los jueces competentes adopten frente a lo pedido sí podrán ser objeto de impugnación, pues contra ellas proceden los recursos ordinarios de reposición y apelación.

De otra parte, si bien la regla contenida en los artículos 6° y 7° de la normativa que ahora es objeto de demanda, prevé que la decisión de informar sobre la solicitud recibida no podrá ser impugnada, en realidad ello no podría considerarse lesivo del interés de las víctimas pues, se reitera, la decisión que las normas acusadas tornan inimpugnables es la de informar a tales personas sobre la solicitud recibida, lo que lejos de perjudicarles, podría incluso facilitar la defensa de sus intereses. Ello por cuando una vez notificados de la solicitud presentada y no existiendo en la norma restricción a este respecto, las personas que se sientan afectadas con la medida de libertad solicitada por el Gobierno, bien podrían presentar un escrito o expresarse de alguna otra manera, pidiendo a la autoridad judicial competente negar el beneficio que se hubiere solicitado.

De todo lo explicado resulta entonces que la regla conforme a la cual no podrá ser objeto de recursos la decisión de poner en conocimiento de las partes e intervinientes la solicitud de libertad que hubiere elevado el Gobierno a la autoridad judicial competente, no afecta el derecho de las víctimas a ser oídas frente a cuál debe ser el resultado de tales solicitudes, y en tal medida, no supone menor eficacia del recurso judicial que conforme a las disposiciones constitucionales e internacionales debe procurarse a las víctimas, con el fin de garantizar los derechos que les asisten a la verdad, la justicia y la reparación.

A lo anterior se agrega la consideración de que, tratándose de una regla especial que en tal condición hará parte de la regulación aplicable a ciertos procesos penales, esa decisión normativa cae sin dificultad dentro del margen de autonomía constitucionalmente atribuida al legislador⁷⁵⁰, que en estos temas ha sido reconocida como especialmente amplia y sólo podría ser cuestionada por este tribunal en caso de que se vulnere un mandato superior, situación que, según se explicó, no ocurre en este caso.

Como consecuencia de lo expuesto, no se abre paso la censura constitucional contra los apartes demandados de los artículos 6° y 7°, razón por la cual la Corte los declarará exequibles.

7. Conclusión

Habiéndose estudiado en esta providencia la naturaleza de la justicia transicional, así como la viabilidad de que, dentro del marco constitucional, el legislador implemente excepcionalmente medidas de este tipo, y a partir del contenido que dentro de ese contexto tienen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación, la Corte encuentra que son exequibles, por los cargos analizados las disposiciones acusadas de la Ley 1424 de 2010, con un condicionamiento en relación con un aparte de lo acusado de su artículo 4°.

En efecto, precisado el alcance del artículo 1° de esta Ley, así como sus consecuencias en torno al universo de destinatarios de los beneficios allí desarrollados, resulta acorde a la Constitución que esa norma incluya el delito de concierto para delinquir simple y agravado dentro de la lista de conductas punibles cuyos autores, en el exclusivo y excluyente ámbito de quienes pueden desmovilizarse, podrán acogerse a tales beneficios.

⁷⁵⁰ Sobre el margen de configuración normativa del legislador en materias procesales ver, entre muchas otras, las sentencias C-742 de 1999, C-111, C-384 y C-1270 de 2000; C-1104 de 2001; C-131 de 2002; C-204 y C-798 de 2003; C-662 de 2004; C-520 y C-807 de 2009; y C-470 de 2011.

De igual manera, tampoco vulnera la carta política la regla contenida en el segundo inciso del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010, conforme a la cual la información que surja dentro del marco de los *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación* no podrá ser usada como prueba contra la persona que suscribe dicho *Acuerdo*, pues una garantía de este tipo resulta adecuada dentro de un contexto de justicia transicional y además resguarda la regla constitucional contenida en el artículo 33, conforme a la cual nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo. Ello por cuanto, cualquier utilización de esa información respecto de tales personas defraudaría la intención con la que, presumiblemente, estuvieron dispuestos a suscribir el *Acuerdos de Contribución a la Verdad Histórica y la Reparación*.

Sin embargo, no ocurre lo mismo frente a la frase final de este inciso, según la cual está igualmente prohibido utilizar esa información respecto de actuaciones de terceros. A este respecto consideró la Corte que si bien esta regla abarca casos en los que esa restricción resulta justa y comprensible, su carácter global y no diferenciado alcanza también otras situaciones, en las que sin duda se lesionarían de manera desproporcionada, no sólo la obligación del Estado de ser eficiente en el descubrimiento de las conductas punibles, en el restablecimiento de los bienes jurídicos quebrantados (cuando ello fuere posible) y en la sanción de los respectivos responsables, sino también los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Observó la Sala que esta regla abierta facilita a los victimarios responsables de graves conductas criminales, en especial a aquellos que no llenan los requisitos para acceder a los beneficios previstos en esta ley, la posibilidad de impedir de manera absoluta la utilización de cualquier información sobre el tema que hubiere llegado a conocimiento de las autoridades mediante la suscripción de *Acuerdos* por parte de personas que sí cumplen tales requisitos, si al así hacerlo estas últimas hubieren relatado las circunstancias que determinarían la responsabilidad de aquellos terceros victimarios. Por esta razón se condicionará la exequibilidad de la frase “*o en contra de terceros*” en el sentido de que se entienda que esos terceros sólo podrán ser los otros sujetos a quienes se refiere el artículo 33 constitucional u otros desmovilizados del mismo grupo armado al que pertenecía el suscriptor del *Acuerdo*.

Finalmente, encontró la Corte que las expresiones “*en contra del cual no procede recurso alguno*”, contenidas en los artículos 6° y 7° de la Ley 1424 de 2010, referidas a las decisiones de poner en conocimiento de las partes e intervinientes las solicitudes elevadas por el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en esas mismas normas, no resulta contraria a la Constitución, ya que se trata de providencias de mero trámite cuya inimpugnabilidad no restringe los derechos de las víctimas, y por cuanto esa decisión normativa cae sin dificultad dentro del margen de configuración constitucionalmente reconocido al órgano legislativo. En consecuencia se declarará la exequibilidad de estas expresiones iguales, contenidas en las dos normas antes indicadas, por los cargos analizados.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, la expresión “*concierto para delinquir simple o agravado*” contenida en el artículo 1° de la Ley 1424 de 2010.

Segundo: Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, el segundo inciso del artículo 4° de la Ley 1424 de 2010, en el entendido de que los terceros allí referidos son únicamente los relacionados en el artículo 33 de la Constitución Política y los desmovilizados del mismo grupo

armado organizado al margen de la ley.

Tercero: Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, las expresiones “*en contra del cual no procede recurso alguno*” contenidas en los artículos 6° y 7° de la Ley 1424 de 2010.

Cópiese, notifíquese, comuníquese insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JUAN CARLOS HENAO PEREZ
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrado
Con salvamento de voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado
Con aclaración de voto

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO
Magistrado
Con salvamento de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con salvamento de voto

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO A. SIERRA PORTO
Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaría General

COSTA RICA- Sentencia 1

080124060007CO

Exp: 08-012406-0007-CO

Res. Nº 2008-14623

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas y treinta y ocho minutos del veintiséis de septiembre del dos mil ocho.

Recurso de hábeas corpus interpuesto por **CARLOS ALBERTO MONTERO BARRANTES**, cédula de identidad número 2-0296-0079, a favor de **CÉSAR DONALDO CASTRO VINDAS**, contra el **TRIBUNAL DE JUICIO DE PUNTARENAS** y el **JUZGADO PENAL DE PUNTARENAS**.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 16:51 horas del 11 de setiembre de 2008, el accionante interpone recurso de hábeas corpus a favor de **CÉSAR DONALDO CASTRO VINDAS** y en contra del **TRIBUNAL DE JUICIO DE PUNTARENAS** y el **JUZGADO PENAL DE PUNTARENAS**. Manifiesta que contra el amparado se tramita causa penal por el delito de Infracción a la Ley de Psicotrópicos, expediente judicial número 08-201368-431-PE. Indica que la Fiscalía de Puntarenas solicitó al Juzgado recurrido imponer la medida de privación de libertad al amparado por los hechos denunciados en su contra. Por resolución de las 20:00 horas del 28 de agosto de 2008, el Juzgado dictó auto de prisión preventiva por el término de 6 meses. Al día siguiente, interpuso recurso de apelación contra tal resolución, para cuyo efecto solicitó la celebración de una audiencia oral y la recepción del testimonio de varios testigos, cuyas declaraciones podrían fundar el cambio de la medida cautelar impugnada por una menos gravosa. Sin embargo, el Tribunal Penal de Puntarenas, en abierta violación al debido proceso y al derecho de defensa, se rehusó a recibir la prueba testimonial ofrecida, pese a que los testigos se encontraban afuera de la Sala de Juicio y sus documentos de identidad habían sido entregados al Tribunal con anterioridad a la audiencia celebrada a las 13:00 horas del 9 de setiembre de 2008. Alega que tal situación lesiona los derechos del amparado al limitar el ejercicio de su derecho de defensa. Manifiesta que en ese momento interpuso recurso de revocatoria en cuanto a lo resuelto por resultar esencial la prueba a recabar. No obstante, se rechazó el recurso de revocatoria y se confirmó la resolución por medio de la cual se dispuso la prisión preventiva, sin emitir mayor valoración ni fundamentación. Tal actuación dejó en estado de indefensión al amparado y violentó, con ello, sus derechos fundamentales.

2.- Informa bajo juramento Yuri López Casal, en su condición de Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas (folio 12), que la audiencia oral pedida por el recurrente sí se celebró. En ella, escuchó y valoró los argumentos del accionante para impugnar la prisión preventiva dictada por el Juez Penal de Puntarenas contra el amparado. Refiere los argumentos de hecho y de derecho de su resolución de segunda instancia que confirmó la prisión preventiva. También admite que mediante resolución fundada, emitida durante la audiencia oral de las 13:30 horas del 9 de setiembre de 2008, rechazó la prueba testimonial ofrecida por el amparado. Como se escucha en el disco compacto ofrecido como prueba de este informe, en el cual se grabó la audiencia oral celebrada por el Tribunal de Juicio de Puntarenas, se colige que, contrario a lo sostenido por el recurrente, sí fueron consignadas las razones por las que denegó la recepción de prueba testimonial ofrecida tanto por el amparado como por los demás imputados. Aduce los alcances de la competencia

funcional del Tribunal de Juicio, el cual tiene carácter de tribunal de segunda instancia. Además, se basó en el hecho de que en el legajo de medidas cautelares del expediente judicial número 08-201368-431-PE, el Juzgado Penal de Puntarenas, mediante resolución de las 8:30 horas del 28 de agosto de 2008 (visible a folio 68 del legajo de medidas cautelares), había convocado a todas las partes a una audiencia oral para las 14:30 horas del 28 de agosto de 2008, con el fin de resolver la petición de prisión preventiva solicitada por el Ministerio Público (ver folios 10 a 66 del legajo de medidas cautelares), toda vez que la petición de prisión preventiva había sido presentada en ese despacho a las 7:30 horas de ese mismo día (ver razón de recibido visible a folio 66 vuelto del legajo de medidas cautelares). En el caso del accionante, tal disposición le fue notificada vía fax a las 9:31 horas del 28 de agosto de 2008 (ver folio 69 del legajo de medidas cautelares). Por ende, el amparado contó con tiempo suficiente para hacer llegar al Juez Penal de Puntarenas la prueba testimonial que consideraba necesaria a fin de desvirtuar la petición de prisión preventiva planteada en su contra y lograr una medida cautelar alterna. Pese a ello, el amparado no ofreció ni aportó prueba alguna ante el Juez Penal de Puntarenas. Considera que la audiencia oral celebrada ante el Tribunal a su cargo el 9 de setiembre de 2008, no es, desde el punto de vista técnico-jurídico, una instancia más en la que el amparado puede subsanar su negligencia de ofrecer y aportar prueba testimonial oportunamente ante el Juez Penal de Puntarenas. Insiste que el amparado tenía la carga procesal de acreditar ante el Juez Penal de Puntarenas la inexistencia de los requisitos materiales de la prisión preventiva. La competencia funcional del Tribunal de Juicio, en su labor como Tribunal de Segunda Instancia, está constreñida a determinar si la decisión recurrida se ajusta o no a Derecho; empero, no le compete al Tribunal de Juicio de Puntarenas subsanar la negligencia probatoria del amparado ni tampoco realizar una audiencia oral similar o idéntica a la celebrada por el Juez Penal de Puntarenas. Considera que el amparado debió probar, mediante los medios a su alcance, ante el Juez Penal de Puntarenas la inexistencia de los requisitos materiales de la prisión preventiva (artículos 238, 239, 240 y 241 del Código Procesal Penal), de manera que si a pesar de ello, el Juez Penal de Puntarenas hubiera dictado prisión preventiva en contra del amparado, entonces sí le hubiera correspondido al Tribunal de Juicio de Puntarenas revisar la valoración hecha por el Juez Penal de Puntarenas con respecto a los medios de prueba aportados por el amparado. Con base en lo expuesto, contrario a lo sostenido por el recurrente en este proceso de constitucionalidad, es falso que el rechazo de la prueba testimonial en la audiencia oral celebrada en alzada fuese antojadizo, arbitrario o lesivo de los derechos fundamentales. Por el contrario, el Tribunal de Juicio de Puntarenas explicó, de manera fundada, las razones de hecho y de derecho por las que tomó la decisión de denegar la prueba testimonial ofrecida en esa segunda instancia por parte del amparado y, además, explicó, de manera fundamentada, las razones por las que también desestimó el recurso de revocatoria interpuesto por el recurrente contra la decisión antedicha. Afirma que la premisa del accionante –según la cual obligatoriamente debía evacuarse la prueba ofrecida por él en la audiencia oral convocada en alzada por el Tribunal de Juicio de Puntarenas– deviene falsa, pues la Sala Constitucional ha sido clara en indicar que no se violenta ni el debido proceso ni el derecho de defensa del imputado, cuando la autoridad judicial fundamenta las razones de hecho y de derecho para omitir evacuar la prueba propuesta por determinado imputado en la audiencia oral convocada al efecto.

3.- Informa bajo juramento Luis Angulo Montero, en su condición de Juez Penal de Puntarenas, que el 28 de agosto de 2008 le impuso seis meses de prisión preventiva al amparado, quien el día anterior había sido detenido como sospechoso de integrar una banda de narcotraficantes. Considera que el dictado de esa medida fue fundado y respetó los parámetros normativos correspondientes. De la lectura del hábeas corpus, se entiende que va dirigido únicamente contra el Tribunal de Juicio de Puntarenas.

4.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Armijo Sancho**; y,

Considerando:

I.- Objeto del hábeas corpus. El accionante alega que de manera infundada, el Tribunal de Juicio de Puntarenas se negó a evacuar la prueba testimonial ofrecida con motivo de la audiencia oral de las 13:00 horas del 9 de setiembre de 2008, en la que se resolvió el recurso de apelación planteado por el amparado contra la resolución que ordenó prisión preventiva en su perjuicio, emitida por el Juzgado Penal de Puntarenas a las 20:00 horas del 28 del mes anterior. El recurrente estima que la actuación descrita lesionó el derecho constitucional a la defensa.

II.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) Contra el amparado, detenido el 27 de agosto de 2008, se sigue causa por el delito de Infracción a la Ley de Psicotrópicos en perjuicio de la Salud Pública, lo que se tramita en el expediente judicial número 08-201368-431-PE (hecho incontrovertido).

b) A efectos de resolver la solicitud de prisión preventiva formulada por el Ministerio Público contra el amparado, el Juez Penal de Puntarenas celebró audiencia oral a las 14:30 horas del 28 de agosto de 2008, lo que le fue notificado al accionante, defensor del imputado, a las 9:31 horas de ese mismo día (folios 69 y 76 del legajo de prisión preventiva del expediente judicial número 08-201368-431-PE).

c) Durante la audiencia supracitada, el accionante ofreció el testimonio de Cristina Artavia Castro y Adriana Martínez Campos, respecto de lo cual la Fiscal manifestó que la recepción de tal prueba era innecesaria ya que, en virtud del principio de lealtad procesal, el Ministerio Público tenía por cierto el dicho del accionante en cuanto al lugar de domicilio del amparado, el número de hijos que tenía, y otros extremos correlacionados. Por ello, el Juez de Garantías omitió recibir la citada prueba testimonial, lo que no fue objetado por el accionante en la referida audiencia (video de la audiencia oral de las 14:30 horas del 28 de agosto de 2008).

d) El Juzgado Penal de Puntarenas, por resolución de las 20:00 horas del 28 de agosto de 2008, dictó prisión preventiva en contra del amparado (hecho incontrovertido).

e) Contra la resolución antedicha, el amparado planteó recurso de apelación, para cuyo efecto, en el escrito de interposición correspondiente, ofreció como prueba testimonial a Cristina Artavia Castro y Adriana Martínez Campos; luego, en la propia audiencia oral celebrada ante el Tribunal de Juicio de Puntarenas, agregó el testimonio de Donald Moren Chavarría (folio 97 del expediente judicial número 08-201368-431-PE y video de la audiencia oral de las 13:30 horas del 9 de setiembre de 2008).

f) Por resolución emitida durante la audiencia oral de las 13:30 horas del 9 de setiembre de 2008, el Tribunal Penal de Juicio de Puntarenas, constituido como Tribunal Unipersonal, rechazó la prueba testimonial ofrecida por el amparado y confirmó la prisión preventiva dictada en su contra (hecho incontrovertido).

g) En la audiencia supracitada, el Tribunal Penal de Juicio de Puntarenas sí admitió prueba documental nueva ofrecida por algunos defensores de otros coimputados (video de la audiencia oral de las 13:30 horas del 9 de setiembre de 2008).

III.- Cuestión preliminar. Primeramente, conviene reiterar que en relación con el proceso de hábeas corpus, la jurisdicción constitucional no es una instancia más en el proceso penal, por lo que no le corresponde a la Sala entrar a fiscalizar las actuaciones de las autoridades penales en el ejercicio de sus competencias, so pena de violentar el artículo 153 de la Carta Magna. En este sentido, en sentencia número 2003-11898 de las 15:06 horas del 21 de octubre de 2003, la Sala dispuso lo siguiente:

“(…) El recurrente manifiesta que el amparado se encuentra detenido en prisión preventiva, por una causa tramitada en su contra en expediente número 01- 11108-042-PE. Alega que mediante resolución de las nueve horas quince minutos del nueve de octubre de este año, el Juzgado Penal de Desamparados rechazó la solicitud de cambio de medida cautelar planteada a favor del amparado y denegó la evacuación de nuevas pruebas ofrecidas por la defensa. Sin embargo, esta Sala no es una instancia más dentro del proceso penal ordinario, ante la cual pueda cuestionarse la regularidad de un proceso, la legalidad de las pruebas en él existentes, la valoración que de ellas hagan los juzgadores, o las conclusiones que obtengan a partir del material probatorio; salvo que exista una violación a los derechos fundamentales del imputado en la recolección o producción de las pruebas que ponga en peligro su libertad, lo cual no se acusa en este recurso de hábeas corpus. El ordenamiento procesal penal contempla las vías suficientes para canalizar las objeciones que, relacionadas con la regularidad del proceso existan, y que finalmente pueden ser discutidas al inicio, durante y al final del juicio, quedando abierta la posibilidad de recurrir del fallo en Casación. En este orden de ideas, los reparos que hace el recurrente respecto al rechazo por parte del Juzgado recurrido, de la solicitud de cambio de medida cautelar y su negativa a recibir la nueva prueba ofrecida, así como la alegada inconsistencia de los elementos probatorios existentes, son extremos que deben ser planteados y ventilados dentro del proceso penal correspondiente. Ello por cuanto, este Tribunal no es competente para pronunciarse sobre aspectos relacionados directamente con el fondo de la causa seguida en contra del amparado. En virtud de lo expuesto, lo procedente es rechazar el recurso, como en efecto se hace.” (Véase en sentido similar la sentencia N° 2001-03258 las 08:56 horas del 27 de abril de 2001).

En virtud de lo expuesto, el análisis de este Tribunal se limita a determinar si la medida cautelar de prisión preventiva ha sido dictada de conformidad con las normas procesales atinentes al debido proceso y no a fiscalizar si ha sido correcto el análisis de la prueba en el proceso. Cabe agregar que el derecho de defensa comprende en sí mismo el debido proceso, que contiene todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, a manera de garantías, para asegurar la vigencia y eficacia de la efectiva defensa en los procedimientos sancionatorios (sentencia número 2000-01759 de las 15:09 horas del 23 de febrero de 2000).

IV.- Sobre el derecho a la doble instancia en materia penal. La reforma al proceso penal, que empezó a aplicarse en el país a partir de 1998, está impregnada de una filosofía que estriba en un proceso con rostro humano, en el que la equidad del sistema penal reviste importancia crucial. Esto explica que a través de esta reforma, se pretenda superar mediante la oralidad uno de los rasgos más nefastos del sistema inquisitorio: el desarrollo exclusivamente escrito del proceso, que impone una distancia artificial entre el juez y las partes, y los despersonaliza. Concerniente a la

oralidad, por sentencia número 2007-03019 de las 14:30 horas del 7 de marzo de 2007, esta Sala subrayó su relevancia, en el marco del Estado Democrático de Derecho, para garantizar la protección del ciudadano frente al poder del Estado cuando ejerce su función de investigar delitos:

“(…) la utilización de la oralidad durante la Fase Preparatoria, como una forma de protección ciudadana, constituye un instrumento básico para el ejercicio de una defensa eficiente de los intereses del acusado, congruente con los principios esenciales que rigen el procedimiento penal, tales como el acusatorio, la contradicción, la inmediación de la prueba y, en definitiva, la potenciación del derecho de defensa, la eficiencia y la celeridad del proceso. No cabe duda que las audiencias orales son plena garantía para que todas las partes expongan -con garantía del contradictorio- de viva voz sus razones para defender las diferentes pretensiones interlocutorias que podrían afectar los derechos de los intervinientes, en este caso concreto, la imposición de una medida cautelar como lo es la prisión preventiva, como una intensa manifestación del poder punitivo sobre el individuo. La observancia del debido proceso, el derecho de defensa y la oralidad en las audiencias, procura que se discuta de manera concreta las razones específicas que fundamentan la petición del Ministerio Público y se oiga la posición de la defensa, de previo a la imposición de una medida cautelar. Asimismo, se potencia la figura del juez de garantías para que éste custodie el cumplimiento efectivo de las causales que justifican la imposición de una medida cautelar y que ésta, a su vez, cumpla sus fines, de manera que sea instrumental, temporal, sometida a controles jurisdiccionales dependiendo de la necesidad de su mantenimiento o prórroga y tenga fines de cautela para que no se convierta en un adelanto de la pena. Ahora bien, la oralidad en la audiencia de imposición de medidas cautelares pretende que las partes presenten sus peticiones y argumentos en forma verbal, en presencia del juez y de manera contradictoria, lo que significa, en forma paralela –por imperativo de la concentración- que los jueces deben resolver en forma oral e inmediata las peticiones sometidas a su consideración, sobre la base de la información discutida, exclusivamente, en la audiencia, en aras de garantizar el derecho a una resolución pronta y cumplida que analice la privación de libertad y la necesidad de mantener medidas cautelares. Por lo anterior, la fundamentación de su resolución debe hacerse oralmente con la participación de todas las partes intervinientes y con sustento en las alegaciones planteadas en ese escenario. Su decisión se plasma, necesariamente, en un acta de la audiencia oral con el propósito que la decisión pueda ser revisada, posteriormente, por un Superior, pero la amplitud de la fundamentación es necesaria en la audiencia llevada a cabo oralmente con la participación de todos los involucrados. Así las cosas, la función del juez en esta etapa es, precisamente, de garantía de los derechos de las partes y de cumplimiento de las formalidades previstas en la legislación procesal penal en protección de los derechos fundamentales. La exigencia de fundamentación de la decisión que motiva la imposición de medidas cautelares no disminuye con la realización de una audiencia oral, sino que, por el contrario, se refuerza dicha garantía y se amplía la posibilidad de defensa ante el propio juzgado de garantías.”

Asimismo, en ese pronunciamiento, la Sala enfatizó que la audiencia oral es “el momento procesal oportuno para que el abogado defensor presente todos sus argumentos y ejerza el derecho de defensa de su representado, cuestionando la fundamentación de las decisiones de las autoridades jurisdiccionales”.

Ahora bien, como consecuencia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de julio de 2004 (Herrera Ulloa Vs. Costa Rica), el proceso penal evolucionó merced a que la garantía de la doble instancia, íntimamente ligada al derecho de defensa, fue interpretada de un modo más afín a un sistema penal humanista y equitativo. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayó que la mera existencia formal de medios de impugnación resulta insuficiente para satisfacer los requerimientos del artículo 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que se requiere que los recursos sean eficaces, es decir, den resultados o respuestas acordes al fin para el que fueron concebidos: la defensa real del individuo. Tal eficacia demanda que la posibilidad de recurrir el fallo sea suficientemente accesible, sin que se exijan mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Asimismo, independientemente de la denominación que se le dé al medio de impugnación, lo importante es que éste garantice un examen comprensivo e integral de la decisión recurrida. En cuanto a tal punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –cuyos criterios ya han sido considerados por la Sala en ocasiones anteriores (v. gr. la sentencia número 7548-2008 de las 17:37 horas del 30 de abril de 2008 en cuanto al secreto de las fuentes de información o la número 2002-10321 de las 14:34 horas del 29 de octubre de 2002 en relación con la protección al vínculo familiar)– le ha dado un alcance más amplio a la garantía de la doble instancia, puesto que ha interpretado que este derecho no solo debe abarcar la sentencia sino también todos los “autos procesales importantes”. Así, en el informe número 17/94, (Maqueda vs. Argentina, caso 11.086, 9 de febrero de 1994), afirmó que *“la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención no requiere necesariamente la apelación directa sino que requiere la disponibilidad de un recurso de revisión que al menos permita la revisión legal por un tribunal superior del fallo y de todos los autos procesales importantes...”*. Del mismo modo, en el informe 55/97 (Abella y Otros vs. Argentina, caso 11.137, 18 de noviembre de 1997) señaló que el derecho previsto en el art. 8.2. del Pacto de San José *“requiere la disponibilidad de un recurso que al menos permita la revisión legal, por un tribunal superior... de todos los autos procesales importantes. Dicha revisión resulta especialmente relevante respecto a las resoluciones que puedan causar indefensión o daño irreparable por la sentencia definitiva...”*. Esta interpretación amplia del marco supraconstitucional que regula el derecho a la doble instancia resulta del todo razonable a la luz de los principios pro libertate y pro homine, que constituyen el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; de acuerdo con el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano (en cuanto a esos principios, ver sentencias número 2008-010734 de las 18:00 horas del 26 de junio de 2008, 2008-08607 de las 16:58 horas del 21 de mayo de 2008 y 2007-011154 de las 14:48 horas del 1º de agosto de 2007). A mayor abundamiento, el propio Código Procesal Penal, en su numeral 2, estatuye la regla de que deben ser interpretadas restrictivamente *“las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento”*. Por consiguiente, los principios y filosofía que informan la garantía de la doble instancia, esto es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de una sentencia jurisdiccional, deben extenderse sobre todos aquellos actos procesales relevantes, de los que resulte un gravamen irreparable para una persona o una afectación grave a sus libertades fundamentales. Precisamente, mediante la apelación se revisa de manera íntegra la corrección del fallo tanto desde el punto de vista formal (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de la norma positiva) y como del material (valoración de la prueba). Por consiguiente, de acuerdo con una pauta interpretativa conforme al artículo 2 del Código Procesal Penal y a los principios pro homine y pro libertate, el mencionado examen integral implica que en segunda instancia, el análisis

de la corrección de la resolución de primera instancia se efectúa no solo con base en el material fáctico entonces existente, sino también con fundamento en nuevos medios de prueba (por ejemplo, nuevos documentos o testigos), siempre y cuando estos sean pertinentes a los efectos del objeto del proceso. Solo así se vuelve eficaz la garantía de la doble instancia. Al respecto, el ordinal 439 del Código Procesal Penal le confiere el derecho a la parte que apela, de intentar prueba en segunda instancia y, de igual modo, el numeral 441 de ese mismo cuerpo normativo señala que *“si, al interponer el recurso, al contestarlo o adherirse a él, alguna parte ofrece prueba que deba ser recibida en forma oral, o considera necesario exponer oralmente sus alegaciones, o bien, cuando el tribunal la estime útil, fijará una audiencia oral dentro de los quince días de recibidas las actuaciones y resolverá inmediatamente después de realizada la audiencia. Quien ha ofrecido esa prueba tomará a su cargo hacerla concurrir a la audiencia y el tribunal resolverá únicamente con aquella que se incorpore y con los testigos que se hallen presentes”*. En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico admite que las partes presenten todo tipo de prueba (documental, testimonial o de otra clase) en la audiencia que resuelve la apelación; la naturaleza del medio probatorio no es per se causa válida para su rechazo. En la celebración de la audiencia, le corresponde al Juez regular las condiciones de celebración de la vista; así, puede restringir la cantidad de testigos ofrecidos por la defensa, cuando ciertas declaraciones resultan innecesarias o excesivas, o incluso rechazar la prueba que estime impertinente o irrelevante, siempre que lo fundamente en la resolución correspondiente. El control de constitucionalidad sobre tal tipo de decisión está constreñido a situaciones en las que claramente se violenta el derecho constitucional a la defensa y, por ende, al debido proceso, v. gr. en la medida que se restrinja a tal punto el derecho de las partes a presentar prueba que la garantía de la doble instancia devenga nugatoria, o cuando los institutos procesales abiertamente son interpretados en sentido contrario a los principios in dubio pro libertate y pro ho-mi-ne, que informan lo regulado en el artículo 2 del propio Código Procesal Penal.

V. Sobre el fondo de este asunto. En la especie, el accionante alega que de manera infundada, el Tribunal de Juicio de Puntarenas se negó a evacuar la prueba testimonial de Cristina Artavia Castro, Adriana Martínez Campos y Donaldó Moreno Chavarría. En cuanto a Cristina Artavia Castro y Adriana Martínez Campos, su testimonio fue ofrecido tanto en el escrito de interposición del recurso de apelación como en la propia audiencia oral de las 13:00 horas del 9 de setiembre de 2008, en la que se resolvió, entre otros puntos, el recurso de apelación planteado por el amparado contra la orden de prisión preventiva emitida en su contra por el Juzgado Penal de Puntarenas a las 20:00 horas del 28 de agosto de 2008. Al respecto, con base en el escrito del propio accionante a folio 94 del legajo de prisión preventiva del expediente judicial número 08- 201368-431-PE, se advierte que los citados testigos ya habían sido ofrecidos en la audiencia ante el Juzgado Penal de Puntarenas, celebrada a las 14:30 horas del 28 de agosto de 2008. Una vez escuchado el accionante, ese órgano jurisdiccional solicitó el criterio de la Fiscal, quien manifestó que la recepción de tal prueba era innecesaria ya que, en virtud del principio de lealtad procesal, el Ministerio Público tenía por cierto el dicho del accionante en cuanto al lugar de domicilio del amparado, el número de hijos que tenía, y otros extremos tendentes a acreditar, en criterio del recurrente, el arraigo del imputado. Ante tal situación, el Juez Penal omitió recibir la mencionada prueba testimonial, lo que no fue objetado por el accionante en la audiencia en cuestión. Ergo, con independencia de otras consideraciones por parte del Tribunal de Juicio de Puntarenas, había motivos suficientes y razonables para la inadmisión de tal prueba. Atinente a Donaldó Moreno Chavarría, de acuerdo con el video de la audiencia oral de las 13:30 horas del 9 de setiembre de 2008, no fue ofrecido como testigo sino hasta en el momento de celebrarse la misma ante el Tribunal de Juicio de Puntarenas. Conforme al referido video y al acta visible a folios 144 a 150 del legajo de prisión preventiva del expediente judicial número 08-201368-431- PE, la Sala advierte

que el Tribunal de Juicio rechazó la prueba testimonial ofrecida por el accionante porque consideró que el sentido técnico jurídico de la segunda instancia se limita a controlar si el razonamiento de la primera instancia está ajustado al marco normativo vigente; en el caso de la prisión preventiva, solo se comprueba el cumplimiento de los presupuestos de la prisión preventiva dictada por la primera instancia. Consideró el Tribunal accionado que la función de la vista en la segunda instancia quedaría desnaturalizada, si se convertía en una audiencia ex novo tendente a reabrir un nuevo debate. Además, ese órgano jurisdiccional enfatizó que el accionante tuvo tiempo suficiente para ofrecer la prueba testimonial ante el Juez de Garantías de Puntarenas, toda vez que a las 9:31 horas del 28 de agosto de 2008 se le notificó la celebración de la audiencia para resolver la solicitud de prisión preventiva en contra del amparado, que se llevó a cabo a las 14:30 horas de ese día (folio 69 del legajo de prisión preventiva del expediente judicial número 08-201368-431-PE); por el contrario, sí admitió la prueba documental presentada por otros coimputados, pues estimó que se trataba de documentos que aportaban información nueva sobre el sustrato de hecho que servía de base a la interpretación jurídica sobre una determinada medida cautelar. Esta interpretación sobre la naturaleza jurídica de la segunda instancia resulta contraria al derecho humano de la doble instancia y a los principios pro homine y pro libertate. Como se indicó en el considerando anterior, en cuanto a la garantía a la doble instancia, la mera existencia formal de medios de impugnación es insuficiente para cumplir con el mandato del artículo 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por cuanto el quid del asunto radica en que el sistema penal permita que los medios de impugnación puedan ser eficaces, esto es, posibilite potencializar el fin para el que fueron concebidos: la defensa real del individuo. Allende de las sentencias, tal garantía alcanza a todo acto procesal que imponga un gravamen irreparable para una persona o una afectación seria a sus libertades fundamentales, como sucede con la resolución que ordena la prisión preventiva. Esta cualidad del sistema penal moderno está recogida positivamente en la legislación patria, toda vez que el artículo 2 del Código Procesal Penal, de manera conforme a los principios pro homine y pro libertate, pauta el deber de interpretar restrictivamente toda disposición legal que coarte la libertad personal o limite el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso penal. En consecuencia, la naturaleza jurídica de la segunda instancia, si bien referida a revisar la corrección del pronunciamiento de primera instancia, se caracteriza por un examen integral del último, lo que comprende tanto aspectos formales (aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de la norma positiva) como materiales (valoración de la prueba). Por tal motivo, la facultad de ofrecer prueba al interponer el recurso de apelación, contestarlo o adherirse a él (numerales 439 y 441 del Código Procesal Penal) debe interpretarse del modo que más favorezca la eficacia de la garantía de la doble instancia. En la especie, denegar la admisión de una prueba, sin importar su naturaleza (testimonial, documental o de otro tipo), por la única razón de que no fue aportada en primera instancia ante el Juez de Garantías, contraría el sentido recto de la segunda instancia, de acuerdo con el marco constitucional y supraconstitucional que lo cobija. Ciertamente, el juez ad quem tiene plenas facultades para denegar por resolución fundada cualquier prueba que estime impertinente o no guarde relación alguna con el objeto del proceso; empero, no puede rechazarla de plano –esto es, sin previo análisis– por el mero hecho que no hubiera sido presentada ante el ad quo. Por lo demás, el hecho de que la notificación de la audiencia ante el Juez Penal de Puntarenas hubiera sido diligenciada cinco horas antes de su celebración, no es garantía alguna de que la parte imputada hubiera tenido tiempo suficiente para ofrecer prueba testimonial idónea. Así como la prueba documental puede tardar en estar disponible por cuestiones de tramitación ante ciertas dependencias públicas, de igual forma multiplicidad de circunstancias pueden retrasar la determinación u ofrecimiento de prueba testimonial, v. gr. la condición emocional del encartado o el hecho de que el testigo se encuentre en una zona alejada del lugar de celebración de la audiencia. Corolario, resulta procedente declarar parcialmente con lugar el hábeas corpus únicamente en

relación con la inadmisión de la prueba testimonial de Donaldo Moreno Chavarría, lo que obliga al Tribunal de Juicio de Puntarenas a repetir la audiencia para resolver el recurso de apelación de marras; se aclara que lo anterior no inhibe la facultad de ese órgano jurisdiccional de admitir o rechazar la referida prueba con base en otras razones.

Por tanto:

Se declara parcialmente con lugar el recurso sin ordenar la libertad del amparado. Se ordena a Yuri López Casal, en su condición de Juez del Tribunal de Juicio de Puntarenas, o a quien corresponda la tramitación de la apelación en contra de la resolución del Juzgado Penal de Puntarenas de las 20:00 horas del 28 de agosto de 2008 (expediente judicial número 08-201368-431-PE), que de nuevo convoque a audiencia al amparado a fin de resolver el recurso supracitado de acuerdo con los lineamientos esbozados en la parte considerativa de esta sentencia, dentro del plazo de tres días hábiles contado a partir de la comunicación del texto íntegro de este pronunciamiento, bajo apercibimiento que, de conformidad con el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de hábeas corpus y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados, que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese también esta resolución a los recurridos en forma personal. Comuníquese.-

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta a.i.

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S.

Fernando Cruz C.

Rosa María Abdelnour G.

Gastón Certad M.

Roxana Salazar C.

EXPEDIENTE N° 08-012406-0007-CO

COSTA RICA- Sentencia 2

080111240007CO

Exp: 08-011124-0007-CO

Res. Nº 2008-14183

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas y cincuenta y tres minutos del veinticuatro de septiembre del dos mil ocho.

Recurso de habeas corpus interpuesto por **MARIO HERRERA DELGADO, ROCÍO RETANA DELGADO Y VERÓNICA HERRERA DELGADO**, cédulas de identidad números 01-1104-0170, 01-0782-0166 y 01-0895-0092 respectivamente, a favor de **AMÉRICA HERRERA HERRERA**, contra **FLOR DE MARÍA ORTIZ CHANG, DIRECTORA DE LA ASOCIACIÓN DE ATENCIÓN INTEGRAL DEL ANCIANO-SAN CAYETANO**.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:34 horas del 11 de agosto de 2008, los accionantes, en escrito cuyas firmas son autenticadas por el Lic. José Pablo Acosta Nassar, interponen recurso de hábeas corpus a favor de **AMÉRICA HERRERA HERRERA** y contra Flor de María Ortiz Chang, Directora de la Asociación de Atención Integral del Anciano-San Cayetano. Manifiestan que en el año 2007, la amparada fue ingresada en el Hospital Blanco Cervantes debido a una caída que le provocó una trombosis. Una vez estabilizada, fue remitida por dicho nosocomio al Hogar de Ancianos San Cayetano para su rehabilitación. Afirman que desde el ingreso de la amparada a dicha institución han velado por su manutención. El 1º de agosto de 2008 se apersonaron en las instalaciones del Hogar y aportaron una autorización extendida por el hermano de la amparada a fin de trasladarla a su casa de habitación. Pese a su insistencia y a la de su abogado Lic. José Pablo Acosta Nassar para que le entregaran a la amparada, la Administradora del Hogar de Ancianos, injustificada e ilegalmente, se negó a ello con el argumento de que la amparada se encontraba en estado de abandono declarado y pobreza extrema por parte del Instituto Mixto de Ayuda Social. Aseguran que se presentaron al Instituto Mixto de Ayuda Social a verificar tal información, pero ahí se les indicó que no existía ninguna declaración de abandono ni pobreza extrema emitida por parte de esa institución en relación con la amparada. Consideran que la última está siendo privada de su libertad por parte de la recurrida sin que exista justa causa para ello, e incluso no se les permiten visitas y la tienen actualmente recluida y bajo agresión psicológica por parte de la institución. Por ello, solicitan que se declare con lugar el hábeas corpus.

2.- En escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 16:45 horas del 25 de agosto de 2008, Flory Ortiz Chang, en su condición de Apoderada Generalísima sin Límite de Suma de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano (folio 24), manifiesta que, efectivamente, la amparada estuvo ingresada en el Hospital Nacional de Geriátrica y Gerontología Doctor Raúl Blanco Cervantes del 5 de setiembre al 8 de noviembre de 2007. Rechaza que el único diagnóstico fuese una caída que le provocara una trombosis. Al respecto, la epicrisis hospitalaria refiere que el diagnóstico de egreso fue:

- “Problema social. Sin red de apoyo familiar, sin soporte económico.
- Trombosis venosa profunda miembro inferior, anticoagulación.

- Enfermedad de Alzheimer
- Hipertensión Arterial Riesgo C
- Cardiopatía hipertensiva
- Síndrome de Inmovilización Fase II
- Depresión
- Desnutrición severa.”

Agrega que la amparada continuó en Consulta Externa de Anticoagulados los días 6, 11 y 13 de diciembre de 2007, y 21 de febrero de 2008. Asimismo, recibió soporte nutricional el 7 de febrero de 2008 y fue visitada por el Equipo de Atención Comunitaria en el Hogar de Ancianos el 30 de mayo de 2008. Por consiguiente, resulta igualmente falso que haya sido referida al Hogar a efectos de su rehabilitación. En realidad, el motivo de la solicitud del Hospital fue procurarle a la amparada atención y protección a su egreso, toda vez que no contaba con red de apoyo familiar ni soporte económico. Además, el Hogar carece de facilidades para rehabilitación, ni está acreditado para tal fin; no se trata de una clínica. Niega que los accionantes hayan velado por la manutención de la amparada. En realidad, fue otra persona, María Eugenia Lizano Caliva, quien le donó al Hogar ¢30.000. Esta persona es donataria de una propiedad de 40.000 metros, de los que se presume fue despojada la amparada. Aclara que supo de la existencia de los recurrentes, familiares de la amparada, luego de un reportaje de canal 7, que evidenció los problemas de salud y cognoscitivos de doña América. Tales recurrentes se hicieron acompañar por el abogado José Pablo Acosta Nassar el 11 de agosto de 2008. Los accionantes aportaron una nota en que está transcrito que el hermano de la amparada Odilón Herrera Herrera daba un poder a los accionantes para que le entregaran a la amparada. Tal nota incumple los requisitos siquiera de un poder especial y no es idónea para autorizar la entrega de una señora que se encuentra en franco estado de vulnerabilidad y limitadas facultades de autodeterminación e independencia. Autorizar la entrega implicaría incurrir en las responsabilidades estipuladas en el numeral 57 de la ley número 7935. Asevera que el 11 de agosto de 2008, ella no estaba en el Hogar, sino que realizaba otras diligencias con la Licda. Zulema Villalta. Vía telefónica fue que la asistente administrativa le informó sobre la situación. Asevera que el Lic. Acosta le aseguró verbalmente que traía un poder; empero, no supo explicar las condiciones de legalidad del documento. Afirma que los accionantes tergiversan las razones indicadas al Lic. Acosta para no autorizar la entrega de la amparada. Al respecto, se cuestionó cómo iba a encargarse de ésta su hermano, si también se encontraba en condiciones precarias de salud. Aclara que al Lic. Acosta se le explicó que el expediente médico de la amparada debía solicitarlo en el Hospital, dado que el Hogar solo cuenta con el epicrisis, el informe social de respaldo y el informe SIPO del Instituto Mixto de Ayuda Social. Sostiene que cuando los accionantes llegaron, se quedaron esperando afuera; en realidad, solo el Lic. Acosta se metió en la oficina de la Administración. Únicamente, el accionante Mario Herrera tuvo interés en ver a doña América. Asevera que en el Instituto Mixto de Ayuda Social se ubicó a la amparada en línea de pobreza extrema y abandono. Sin embargo, el funcionario del Instituto Mixto de Ayuda Social Sigifredo Rodríguez F. aclaró que esa entidad no otorga estatus de estado de abandono y pobreza extrema. Ahora bien, lo esencial es el estado precario de salud de doña América, quien sufre Alzheimer, enfermedad que produce demencia senil. De manera que el Hogar le está brindando auxilio integral a la amparada. Solicita medidas de protección para esta última, a fin de que permanezca en el hogar. Refiere que la Licda. Leticia Pérez Hidalgo ha sido designada curadora procesal de doña América con ocasión del proceso judicial por insania que la infrascrita

recurrida está promoviendo en el Juzgado de Familia de Desamparados, expediente judicial número 08-400991-637-FA. Advierte que en expediente judicial número 08-0343-994- PE (interno 1568-01-08), el Ministerio Público tramita denuncia penal interpuesta por presunto abuso patrimonial en contra de doña América Herrera Herrera. Indica que también se presentó una denuncia ante el Juzgado Notarial contra los notarios Rafael Medaglia y Laura Zumbado (ver folio 94) y otra ante el Registro Público.

3.- En oficio recibido en la Secretaría de la Sala a las 14:57 horas del 26 de agosto de 2008, Fernando Morales Martínez y Jeannette Martínez Muñoz, por su orden Director Médico y Jefa del Servicio de Trabajo Social del Hospital Nacional de Geriatria y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes (folio 201), informan que la amparada es paciente de ese centro hospitalario. El expediente fue abierto el 7 de setiembre de 2007 con diagnóstico de ingreso demencia no especificada, delirio no especificado no inducido por alcohol u otras sustancias. El 3 de octubre de 2007 fue valorada por Trabajo Social, y se documentó que la amparada tenía 86 años, era soltera sin hijos, carecía de ingresos propios, y era vecina de San Antonio de Puriscal. En cuanto al diagnóstico, señalan que es una adulta mayor con problemas de falta de seguridad social y sostenimiento insuficiente para el bienestar. Lo anterior asociado a una disminución de su capacidad funcional, por lo que requiere ayuda para el cuidado personal y supervisión continua. La amparada conforma grupo familiar con personas adultas mayores que al parecer tienen problemas de salud (hermanos Odilón Herrera de 84 años, Auristela Herrera de 79 años, y Roberto Herrera de 65 años). La amparada presenta problemas relacionados con pobreza extrema, según información aportada por las entrevistadas Ana Sandí Alpizar, vecina, y la accionante Verónica Herrera Delgado, prima de la amparada. Advierten que se identifica como factor protector a favor la amparada, el apoyo por parte de miembros de la comunidad en lo atinente a lo asistencial y socioafectivo. En ampliación a la intervención social practicada, la trabajadora social Marianela Parks Jones entrevistó a Rocío Retana y Ana Sandí, vecinas que apoyan en el cuidado de la amparada, y Verónica Herrera, sobrina. Se logró documentar que el grupo familiar de adultos mayores no cuenta con pensión, y que la casa de habitación es prestada por una sobrina de nombre Josefina Delgado, quien labora en Santa Ana. Se observa una casa de reciente construcción, prefabricada, baño amplio, dos dormitorios. Las entrevistadas informan que el menaje lo regaló Marta Araya, quien en conjunto con una expatrona de la amparada le brindan un diario mensual. El 2 de noviembre de 2007, la trabajadora social atendió a Ana Sandí, Verónica Herrera y María Eugenia Lizano, quienes indicaron que habían conversado con el médico tratante de la amparada y que declaraban a la paciente en abandono; agregaron que estaban valorando la ubicación institucional de la amparada, debido a que no contaban con recurso de cuidado familiar. El 5 de noviembre de 2007, Eugenia Lizano C. se apersonó e indicó ser conocida de la amparada. Eugenia Lizano agregó que deseaba colaborar con ¢30.000 por mes al hogar. Ese mismo día, la amparada fue aceptada por Flor de María Ortiz Chan, Directora del Hogar para Ancianos de San Cayetano. El 6 de noviembre de 2007 se coordinó con Eugenia Lizano C., quien se ofreció a trasladar a la amparada al hogar de ancianos. El 7 de noviembre de 2007 se amplió la intervención social por parte de la trabajadora social Marianela Parks, quien documentó que se presentaron Ana Sandí (vecina), Verónica Herrera (prima), y María Eugenia Lizano C., quienes decidieron valorar el recurso de ubicación institucional debido a que carecían del recurso permanente de cuidado a nivel domiciliario. La trabajadora Social Parks coordinó y concretó la reubicación de la amparada en el Hogar para Ancianos San Cayetano, cuya directora la aceptó debido a los factores de riesgo social presentes. Ente tales factores cita el soporte comunal insuficiente para la atención requerida en tal momento por la amparada, la red de apoyo escasa y longeva con limitaciones de salud, pobreza extrema ya que la amparada carece de pensión y de recursos económicos reales para su cuidado, y deterioro de la capacidad funcional. La red informal refirió que seguiría apoyando, incluso

económicamente, a los demás adultos mayores que permanecerían en el domicilio de la amparada. Finalmente, el 8 de noviembre de 2007, la paciente egresó del Hospital e ingresó al Hogar para Ancianos de San Cayetano.

4.- En resolución de las 19:47 horas del 28 de agosto de 2008 (folio 203), se le ordenó a Mauren Solís Madrigal, en su condición de Jueza del Juzgado de Familia de Desamparados, informar si con respecto al expediente judicial número 08-400991-637FA, la Licda. Leticia Pérez Hidalgo había aceptado el cargo de curadora procesal de la amparada y si ya había sido juramentada.

5.- Informa bajo juramento Mauren Solís Madrigal, en su condición de Jueza del Juzgado de Familia de Desamparados (folio 204), que a las 16:16 horas del 29 de agosto de 2008, la licenciada Leticia Pérez Hidalgo, portadora de la cédula de identidad número 1-0506-0961, aceptó y juró cumplir fielmente el cargo de curadora procesal y provisional de la amparada América Herrera Herrera, portadora de la cédula de identidad número 1-0138-0142. Asimismo, la Jueza aporta copia de resolución de las 16:25 horas del 29 de agosto de 2008 (ver folio 241), en la que ordenó la práctica de un peritaje social con el fin específico de determinar cuáles recursos familiares o no familiares existen en el caso de la amparada, diligencia que se efectuará el 3 de setiembre de 2008.

6.- A folio 250, Paul Rueda Leal, en su condición de letrado de la Sala Constitucional, hace constar que a las 11:25 horas del 28 de agosto de 2008, llamó al bufete Medaglia & Asociados Abogados, número telefónico 2221-6810, a fin de corroborar si ahí se podía ubicar físicamente al Lic. José Pablo Acosta Nassar, toda vez que en la página de Internet <http://www.medagliaw.com/socios/index.htm> se señala como socio de esa firma de abogados al Lic. José Pablo Acosta N.. Agrega que posteriormente, el Lic. José Pablo Acosta Nassar lo llamó a su teléfono de trabajo y le indicó que estaba en proceso de pasarse al bufete Medaglia & Asociados Abogados pero que tenía otra oficina abierta; asimismo, preguntó respecto de la naturaleza de la llamada anterior. Asevera que le indicó al Lic. José Pablo Acosta Nassar que se trataba de una constancia, que sería adjuntada al expediente, respecto de lo que podía manifestar por escrito lo que estimare procedente. Asimismo, hace constar que en el supracitado sitio de internet, además, se anuncian como socio de ese bufete a Rafael Medaglia G. y como miembro asociado a la Licda. Laura Zumbado L..

7.- Por resolución de las 13:19 horas del 1º de setiembre de 2008 (folio 256), se amplió el curso del hábeas corpus y se le confirió a Leticia Pérez Hidalgo, en su condición de curadora procesal y provisional de la amparada. Asimismo, como prueba para mejor resolver, se instruyó a Mauren Solís Madrigal, en su condición de Jueza de Familia de Desamparados, que remitiera copia del informe relativo al peritaje social, que con el fin específico de determinar cuáles recursos familiares o no familiares existían en el caso de la amparada, ordenó mediante resolución de las 16:25 horas del 29 de agosto de 2008, dictada en el proceso judicial por insania que la recurrida está promoviendo en el Juzgado de Familia de Desamparados, expediente judicial número 08- 400991-637-FA.

8.- En escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 9:20 horas del 3 de setiembre de 2008 (folio 260), manifiesta José Pablo Acosta Nassar, en su condición de apoderado judicial de los accionantes, que el 25 de agosto de 2008 fue objeto de varias llamadas telefónicas provenientes de Paul Rueda, asistente de la Sala Constitucional. Afirma que, extrañado, lo llamó a la Sala Constitucional. Estima extraño que le haya consultado si era socio o no del Bufete Medaglia y Asociados. Asegura que ejerce las profesiones de abogado y notario desde el 14 de diciembre de 1992 a través de su oficina A & C Abogados Consultores, la cual existe como persona jurídica

desde el 22 de febrero de 2004. Aclara que tiene alianzas estratégicas con diferentes colegas y bufetes, entre ellos, con Rafael Medaglia Gómez y Rafael Medaglia Araya, socios del Bufete Medaglia y Asociados. Afirma que ese hecho no guarda relación alguna con el objeto de este proceso de constitucionalidad: la privación ilegítima a la libertad de tránsito de la amparada. Aclara que desde el 1º de setiembre de 2008 decidió integrarse al Bufete Medaglia y Asociados. Agrega que a sus poderdantes les extraña las actuaciones llevadas a cabo por la parte recurrida. Insinúa que media un interés económico respecto de algún bien o ingreso de la amparada. Insiste en que la amparada no ha sido declarada en estado de abandono y pobreza extrema. Aporta copia certificada del apersonamiento y oposición que los accionantes plantearon ante la solicitud de insania promovida por la recurrida y copia del recurso de revocatoria contra la resolución del Juzgado de Familia de Desamparados de las 15:00 horas del 20 de agosto de 2008. Considera que la gestión de la recurrida es nula de pleno derecho, por haber sido promovida por quien carece de facultades legales y legitimación activa para ello, conforme los artículos 97, 98, 820 y 847 del Código Procesal Civil. Solicita que se declare con lugar el hábeas corpus.

9.- A folio 277, Luis Zárate Fallas, asistente judicial II del Juzgado de Familia de Desamparados, indica que por resolución de las 7:30 horas del 3 de setiembre de 2008, dictada en el expediente judicial número 08-400991-637-FA, se dispuso remitir copia a esta Sala de lo actuado en ese asunto a la fecha.

10.- A folio 334, consta prueba para mejor resolver solicitada por la Sala, consistente en copia del informe de intervención social realizado por el Departamento de Trabajo Social y Psicología del Poder Judicial, que fue ordenado por el Juzgado de Familia de Desamparados en el expediente judicial número 08-400991-637-FA.

11.- En escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 10:26 horas del 8 de setiembre de 2008, manifiesta Leticia Pérez Hidalgo, en su condición de curadora procesal y provisional de la amparada (folio 346), que el 25 de agosto de 2008, la Asociación de Atención Integral de la Persona Adulta Mayor San Cayetano le entregó copia de la resolución del Juzgado de Familia de Desamparados de las 15:00 horas del 20 de agosto de 2008, en la que se le nombraba en el referido cargo. El 29 de agosto de 2008 gestionó una aclaración de tal resolución ante el Juzgado de Familia de Desamparados. Precisamente, a las 16:16 horas del 29 de agosto de 2008 se apersonó en citado juzgado para aceptar el cargo conferido y en auto de las 16:25 horas de ese mismo día, ese despacho le aclaró los alcances de su nombramiento. Con base en la prueba aportada en este asunto y en el proceso de declaratoria de insania, indica que la amparada fue ingresada en el Hospital Nacional de Geriátrica y Gerontología Doctor Raúl Blanco Cervantes desde el 5 de setiembre hasta el 8 de noviembre de 2007. Durante su estadía en ese nosocomio, se verificó que no tenía ni soporte familiar ni económico, lo que se calificó como problema social. Después que las trabajadoras sociales efectuaron un estudio sobre la situación social real de la amparada, el Hospital se comunicó con la Asociación de Atención Integral del Adulto Mayor de San Cayetano para que se hiciera cargo del cuidado de la anciana. En el momento del traslado, se presentó María Eugenia Lizano Caliva, quien se hizo pasar por amistad de la amparada y ofreció el pago mensual de ¢30.000.00 para ayudar con los gastos de manutención de la paciente. Ahora bien, de acuerdo con el reporte del Instituto Mixto de Ayuda Social de 5 de diciembre de 2007, se declaró a la amparada en estado de extrema pobreza. Una vez que la amparada ingresó a la Asociación, la presidenta Doña Flor Ortiz inició los trámites para obtener una pensión a favor de doña América. Entre los requisitos se encuentra que la persona beneficiada carezca de bienes. Al momento de verificar ello, la recurrida se percató de que existía una propiedad a nombre de la amparada, la cual tenía una anotación, según la cual, supuestamente, doña América había traspasado tal bien inmueble el 3 de junio de 2008. A esa fecha, la amparada estaba internada en

la Asociación y no había salido de ahí, tampoco nadie la había ido a visitar. Casualmente, el traspaso se había hecho a favor de la señora María Eugenia Lizano Caliva y Hacienda Rafi Sociedad Anónima, mediante escritura, casualmente, realizada en el Bufete Medaglia & Asociados, protocolo de Laura Zumbado Loría, suscrita el 3 de junio de 2008 y presentada al Registro Público el 7 del mes siguiente. No fue sino debido a unos defectos que esta no se había terminado de inscribir. Ante tal situación, la recurrida llamó a la señora Lizano Caliva, quien le manifestó que esa propiedad se la había donado doña América desde hacía mucho tiempo, al igual que otra propiedad, la cual fue inscrita por el Registro Civil el 17 de enero de 2008. Al respecto, asegura que procederá a sacar fotocopias al microfilm a fin de determinar cuándo fue constituida la misma y ante qué notario. Ante el Juzgado de Familia de Desamparados, la recurrida interpuso solicitud de declaratoria de insania de doña América en la primera quincena del mes de agosto del año en curso. Asimismo, planteó una denuncia penal ante la Fiscalía de Asuntos Varios (por los delitos de estafa y explotación en contra de persona adulta mayor) y otra ante el Juzgado Notarial, así como una solicitud de inmovilización de las propiedades de la amparada ante el Registro Público; este último, en resolución de las 15:02 horas del 19 de agosto de 2008, ordenó la inmovilización de las propiedades hasta tanto no se resolviera la investigación de marras. Con fecha posterior a que se hiciera pública la situación de la amparada por parte del periodista Greivin Moya, aparecieron unos presuntos parientes de doña América con la intención de que la Asociación se las entregará. Para tal efecto, presentaron un documento sin firma con una huella digital supuestamente del hermano mayor de doña América, quien cuenta con 84 años de edad. Objeta que no está acreditado que tal huella pertenezca a este, quien ni siquiera saber leer ni escribir; tampoco se sabe el estado de la salud mental de don Odilón. Por otra parte, los supuestos familiares no acreditaron el grado de parentesco que los vincula con los hermanos Herrera Herrera. Subraya que durante los aproximadamente 8 meses en que ha estado la amparada institucionalizada en el Hogar San Cayetano, no se presentó ningún familiar ni para preguntar por su salud ni para solventar en algo sus necesidades vitales; sin embargo, en el momento en que salió a relucir su situación a la opinión pública, aparecieron los supuestos parientes con el fin de hacerse cargo de ella, pese a que no estaba corriendo ningún riesgo. Considera que de todo lo expuesto existen suficientes pruebas en el hábeas corpus. Por ello, considera que este proceso de constitucionalidad debe ser rechazado, a fin de salvaguardar los derechos y la integridad física de la amparada.

12.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Armijo Sancho**; y,

Considerando:

I.- Objeto del hábeas corpus. Los accionantes alegan que de manera injustificada e ilegal, la accionada Flor de María Ortiz Chang, Directora del Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano, priva de su libertad a la amparada América Herrera Herrera, quien reside en ese lugar.

II.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) La amparada es paciente del Hospital Nacional de Geriatria y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes (manifestación del Director Médico y la Jefa del Servicio de Trabajo Social del Hospital Nacional de Geriatria y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes a folio 201 y expediente médico de la amparada).

b) El expediente médico de la amparada fue abierto el 5 de setiembre de 2007 con diagnóstico de ingreso demencia no especificada, delirio no especificado no inducido por alcohol u otras sustancias (epicrisis número HNGGDRBC-0116-08-2008 y manifestación del Director Médico y la Jefa del Servicio de Trabajo Social del Hospital Nacional de Geriatría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes a folio 201 de este expediente judicial),

c) El 3 de octubre de 2007, en relación con la amparada, se inició proceso de valoración social por parte de la trabajadora social Gabriela Hernández Z. de la Unidad de Trabajo Social del Hospital Nacional de Geriatría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes. Se verificó que la amparada conformaba grupo familiar con personas adultas mayores que al parecer tienen problemas de salud (hermanos Odilón Herrera de 84 años, Auristela Herrera de 79 años, y Roberto Herrera de 65 años). Se entrevistó a Ana Sandí Alpízar y la accionante Verónica Herrera Delgado. Las entrevistadas indicaron que la amparada vivía en una casa prestada desde hace cuatro meses; aseguraron que no contaban con recurso humano a nivel familiar para colaborar con el cuidado de la amparada, y que los citados adultos mayores carecían de recursos para satisfacer sus necesidades básicas. Agregaron que varios vecinos daban soporte asistencial y socioafectivo a la amparada y al resto del grupo familiar. Con base en ello, la trabajadora social Gabriela Hernández identificó el diagnóstico social 259.7, según el cual la amparada presentó problemas relacionados con falta de seguridad social y sostenimiento insuficiente para el bienestar. Tal diagnóstico lo asoció a los siguientes riesgos: incapacidad funcional de la amparada por lo que necesita ayuda para cuidado personal y supervisión continua, pobreza extrema, grupo familiar con personas adultas mayores que al parecer tienen problemas de salud. Se identificó como factor protector a favor la amparada, el apoyo por parte de miembros de la comunidad en lo atinente a lo asistencial y socioafectivo (folios 94 y 95 del expediente médico de la amparada).

d) En ampliación a la intervención social practicada, la trabajadora social Marianela Parks Jones entrevistó a Ana Sandí y las accionantes Rocío Retana y Verónica Herrera el 12 de octubre de 2007. Se logró documentar que el grupo familiar de adultos mayores no contaba con pensión y que la casa de habitación era prestada (manifestación del Director Médico y la Jefa del Servicio de Trabajo Social del Hospital Nacional de Geriatría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes a folio 202 de este expediente judicial).

e) El 2 de noviembre de 2007, la accionante Verónica Herrera le indicó a la médica tratante de la amparada que ni ella ni dos vecinas que la acompañaban, estaban en condición de asumir el cuidado de la amparada, que la paciente no tenía pensión ni ningún otro tipo de ingreso, por lo que debía ser institucionalizada (folio 117 del expediente médico de la amparada).

f) El 2 de noviembre de 2007, la trabajadora social Marianela Parks Jones atendió a Ana Sandí, María Eugenia Lizano y la accionante Verónica Herrera, quienes indicaron que habían conversado con la médica tratante de la amparada y declaraban a la paciente en abandono; agregaron que estaban valorando la ubicación institucional de la amparada, debido a que no contaban con recurso suficiente para cuidado familiar (manifestación del Director Médico y la Jefa del Servicio de Trabajo Social del Hospital Nacional de Geriatría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes a folio 202 de este expediente judicial).

g) El 5 de noviembre de 2007, Eugenia Lizano C. se apersonó e indicó ser conocida de la amparada. Eugenia Lizano agregó que deseaba colaborar con ¢30.000 por mes al hogar. Ese mismo día, la amparada fue aceptada por Flor de María Ortiz Chan, Directora del Hogar para Ancianos de San Cayetano (manifestación del Director Médico y la Jefa del Servicio de Trabajo

Social del Hospital Nacional de Geriátría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes a folio 202 de este expediente judicial).

h) El 7 de noviembre de 2007 se amplió la intervención social por parte de la trabajadora social Marianela Parks Jones. Ella entrevistó a Ana Sandí, María Eugenia Lizano C. y la accionante Verónica Herrera. Las entrevistadas indicaron que habían decidido valorar el recurso de ubicación institucional de la amparada debido a que carecían del recurso permanente de cuidado a nivel domiciliario, y dada la situación de salud de la amparada en ese momento. La trabajadora Social Parks coordinó y concretó la reubicación de la amparada en el Hogar para Ancianos San Cayetano, cuya directora la aceptó debido a los siguientes factores de riesgo social en perjuicio de la amparada: deterioro de la capacidad funcional, red de apoyo escasa, longeva y con limitaciones de salud, pobreza extrema, y soporte comunal insuficiente (folios 120 y 121 del expediente médico de la amparada).

i) El 8 de noviembre de 2007, la paciente egresó del Hospital Nacional de Geriátría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes e ingresó al Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano (manifestaciones de la recurrida a folio 25 y del Director Médico y la Jefa del Servicio de Trabajo Social de ese centro hospitalario a folio 202 de este expediente judicial).

j) El diagnóstico de egreso del Hospital Nacional de Geriátría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes con respecto a la amparada fue de problemas de ausencia de red de apoyo familiar, falta de soporte económico, trombosis venosa profunda miembro inferior, anticoagulación, Alzheimer, hipertensión arterial riesgo C, cardiopatía hipertensiva, síndrome de inmovilización fase II, depresión y desnutrición severa (folio 2 del expediente médico de la amparada).

k) El 30 de mayo de 2008, el equipo de atención comunitaria del Hospital Nacional de Geriátría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes visitó a la amparada en el Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano (folio 2 del expediente médico de la amparada).

l) La amparada es asegurada directa por cuenta del Estado y no tiene pensión (folio 7 del expediente médico de la amparada y manifestación del Director Médico y la Jefa del Servicio de Trabajo Social del Hospital Nacional de Geriátría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes a folio 202 de este expediente judicial).

m) La amparada sufre de la enfermedad de Alzheimer (folio 2 del expediente médico de la amparada).

n) El 11 de agosto de 2008, el Lic. José Pablo Acosta Nassar, autenticante del escrito de interposición del hábeas corpus, junto con los accionantes Mario Herrera Delgado, Rocío Retana Delgado y Verónica Herrera Delgado se apersonaron en el Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano a fin de que les fuese entregada la amparada (manifestación de los accionantes y copia a folio 9).

o) La recurrida Flory Ortiz Chang, en su condición de Apoderada Generalísima sin Límite de Suma de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano, fue contactada telefónicamente y se rehusó a entregar a la amparada en virtud de la ausencia de red de apoyo familiar, falta de soporte económico y estado de salud de la amparada (epicrisis de la amparada a folio 2 del expediente médico y video de reportaje de Telenoticias).

p) En el expediente judicial número 08-400991-637-FA, se tramitan diligencias para la declaratoria de estado de insania de la amparada, promovidas por la recurrida el 11 de agosto de 2008 (folio 52 de este expediente judicial).

q) A las 16:16 horas del 29 de agosto de 2008, ante el Juzgado de Familia de Desamparados, la licenciada Leticia Pérez Hidalgo, portadora de la cédula de identidad número 1-0506-0961, aceptó y juró cumplir fielmente el cargo de curadora procesal y provisional de la amparada (copia a folio 364 de este expediente judicial).

r) En el expediente judicial número 08-0343-994-PE se tramita denuncia penal tanto contra los accionantes como contra Odilón Herrera Herrera, María Eugenia Lizano Caliva y Rafael Medaglia Gómez. El objeto de la denuncia consiste en que la amparada, enferma de Alzheimer, el 3 de junio de 2008 donó por partes iguales la propiedad matrícula folio real 1-108133-000 a Hacienda Rafi S.A., representada por Rafael Medaglia Gómez, y a María Eugenia Lizano Caliva, según escritura otorgada por la notaria Laura Zumbado Loría (folios 70 a 91 de este expediente judicial).

s) A las 11:05 horas del 12 de agosto de 2008, la recurrida interpuso una denuncia ante el Juzgado Notarial contra los Notarios Rafael Medaglia Gómez y Laura Zumbado Loría por los mismos hechos referidos en la denuncia penal supracitada (folio 94 de este expediente judicial).

t) En resolución de las 15:02 horas del 19 de agosto de 2008, el Registro Público de la Propiedad de Bienes Inmuebles autorizó la apertura del expediente administrativo número 08- 707-BI y consignó advertencia administrativa sobre las fincas matrículas números 90594 y 108133 (folios 119 y 120 de este expediente judicial).

u) Durante la estadía en el Hogar de Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano, Haydee Castro Chavarría, trabajadora social del Departamento de Trabajo Social y Psicología de Desamparados del Poder Judicial, concluye que la situación social de la amparada ha mejorado considerablemente, ya que se satisfacen sus necesidades primarias y recibe la atención y cuidados requeridos, tanto por su avanzada edad como por su diagnóstico médico (copia de informe de intervención social a folio 334 de este expediente judicial).

v) El Lic. José Pablo Acosta Nassar es socio del bufete Medaglia & Asociados Abogados, en el que también figura Rafael Medaglia Gómez como socio y Laura Zumbado Loría como miembro asociado (constancia y copias a folios 250 a 255 de este expediente judicial).

II.- Hechos no probados. No se estiman demostrados los siguientes hechos de relevancia para esta resolución:

a) Que la amparada haya sido ingresada al Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano a fin de que iniciara un proceso de rehabilitación.

b) Que los accionantes hubieran velado por la amparada durante su estancia en el Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano o hubieran hecho algún tipo de aporte económico.

c) Que los accionantes sean parientes de la amparada.

d) Que Odilón Herrera Herrera hubiera autorizado o instruido a los accionantes para que sacaran a la amparada del Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano.

III.- Sobre el marco jurídico de protección a la persona adulta mayor. La protección a la persona adulta mayor es un deber del Estado y de la sociedad, ineludible y de primer orden. Así, el artículo 51 de la Constitución Política dispone:

*"La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, **el anciano** y el enfermo desvalido."* (El destacado no corresponde al original).

En relación con tal norma, en sentencia número 2001-09676 de las 11:25 horas del 26 de setiembre de 2001, este Tribunal señaló lo siguiente:

"En virtud de lo dispuesto en la norma transcrita, queda claro que la protección especial por parte del Estado para esos grupos de personas se constituye en un verdadero derecho fundamental, exigible en las correspondientes dependencias administrativas y tribunales de justicia. Es así, como a partir del concepto del Estado social de Derecho, es posible derivar obligaciones para las autoridades públicas, precisamente en aras a la búsqueda del mayor bienestar de " todos los habitantes del país", dentro de los cuales, el Derecho de la Constitución señala de manera especial a los niños, a las madres, al anciano y personas desvalidas. Es a partir del establecimiento de un de Estado Social, derivable de las disposiciones contenidas en los artículos 50 y siguientes de la Carta Fundamental, que se de manera inmediata se genera la obligada intervención estatal en materia social, en la que ha de obrar en determinado sentido y orientación: a favor de aquellos sectores especiales de la población que, por su condición, así lo requieren; y tal es el caso –sin duda alguna- de los ancianos, denominados como personas de la tercera edad, o personas adultas mayores."

Este deber de tutela está incluso cobijado en el ámbito supraconstitucional, toda vez que múltiples instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos lo contemplan. De esta forma, el numeral 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula:

"Artículo 17.- Protección de los ancianos

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

- a) Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;*
- b) Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;*
- c) Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos."*

Ahora bien, conforme al artículo 48 de la Ley Fundamental, la protección derivada de los derechos humanos no está constreñida a los convenios y tratados formalmente ratificados por Costa Rica convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (como sucede con el protocolo supracitado), sino que se extiende a cualquier

otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no esté formalmente suscrito ni aprobado conforme al trámite constitucional (sobre el tema ver sentencias números 2007-001682 de las 10:34 horas del 9 de febrero, 2007- 03043 de las 14:54 horas del 7 de marzo y 2007-004276 de las 14:49 horas del 27 de marzo, todas del año pasado). Precisamente, la protección a la persona adulta mayor está cobijada en varios instrumentos internacionales de derechos humanos que no han sufrido el trámite constitucional, los que, de acuerdo con lo explicado, forman parte del parámetro de constitucionalidad y, por ende, resultan aplicables. Entre tales instrumentos destacan el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (Resolución de la Asamblea General 37/51 del 3 de diciembre de 1982), que reafirma la convicción de que los derechos fundamentales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se aplican plena e íntegramente a la población adulta mayor, al reconocer que la "calidad de Vida, no es menos importante que la longevidad y que, por consiguiente, las Personas de Edad deben, en la medida de lo posible, disfrutar en el seno de sus propias familias y comunidades, de una vida plena, saludable, segura, satisfactoria y ser estimadas como parte integrante de la Sociedad". Asimismo, la dignidad, el respeto, los cuidados especiales y toda consideración que deben gozar las personas adultas mayores dentro de la sociedad, están avaladas por lo establecido en los Principios de Naciones Unidas en favor de las Personas Adultas Mayores (Resolución de la Asamblea General 46/91 del 16 de diciembre de 1991).

Por otro lado, en materia de protección a la persona adulta mayor, también son de aplicación todos aquellos instrumentos internacionales relativos a las personas con discapacidad, toda vez que cierto sector de la tercera edad, como consecuencia de problemas de salud derivados del proceso natural de envejecimiento, puede llegar a sufrir algún grado de discapacidad, ya sea en sus funciones motoras o en las cognitivas. Entre tales instrumentos se encuentran la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999 ya aprobada y ratificada), la "Aplicación del Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales. Observación general 5, personas con discapacidad", las "Normas uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad", así como la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" y su correspondiente Protocolo Facultativo. Estos últimos se encuentran en proceso de ratificación por parte de Costa Rica, pero, conforme a lo explicado supra, ya forman parte del parámetro de control de constitucionalidad. Para los efectos de este hábeas corpus, conviene resaltar que la referida Convención, en su artículo 12 dispone el igual reconocimiento como persona ante la ley de las personas con algún grado de discapacidad. Concretamente, el inciso 3 de ese numeral, establece la obligación de los Estados Partes de adoptar las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad tengan acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por su parte, el inciso 4 instituye el deber de los Estados Partes de asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Tales salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. Por último, el inciso 5 regula que los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de

condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

En lo que toca al derecho interno, es relevante lo dispuesto por la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, Ley número 7935 de 25 de octubre de 1999, cuyo artículo 1º establece como objetivo garantizarle a las personas adultas mayores igualdad de oportunidades y vida digna en todos los ámbitos, atención integral e interinstitucional por parte de las entidades públicas y privadas, funcionamiento adecuado de los programas y servicios destinados a ellos, y la protección y seguridad social. Atinente a este hábeas corpus, conviene resaltar el derecho del adulto mayor a un hogar sustituto – con el fin de que se vele por sus derechos- si se encuentra en riesgo social (artículo 3 inciso e), así como el derecho de los residentes de establecimientos privados a no ser trasladados ni removidos del establecimiento sin haberlo consentido (artículo 5, inciso e). Asimismo, se debe subrayar que conforme al numeral 15 inciso c de la ley antedicha, las instituciones y organizaciones ejecutoras de la política social, que irremediamente comprenden a los hogares de ancianos, tienen la obligación de brindarle servicios de asistencia social a las personas adultas mayores carentes de recursos materiales y familiares para atender sus necesidades básicas.

IV.- Sobre el fondo de este asunto. Como se indicó supra, los accionantes Mario Herrera Delgado, Rocío Retana Delgado y Verónica Herrera Delgado, cédulas de identidad números 01- 1104-0170, 01-0782-0166 y 01-0895-0092, en escrito autenticado por el Lic. José Pablo Acosta Nassar, alegan que de manera injustificada e ilegal, la accionada Flor de María Ortiz Chang, Directora del Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano, priva de su libertad a la amparada América Herrera Herrera, quien reside en ese lugar. Al respecto, este Tribunal advierte que en el expediente judicial número 08-400991-637-FA, referido a diligencias para la declaratoria de estado de insania de la amparada, por resolución de las 15:00 horas del 20 de agosto de 2008 se nombró a Leticia Pérez Hidalgo curadora procesal y provisional de la amparada, quien aceptó el cargo a las 16:16 horas del 29 de ese mes. En consecuencia, de manera provisional, le corresponde a Leticia Pérez Hidalgo representar los intereses de la amparada en los procesos judiciales que afecten a la última, entre ellos este hábeas corpus. Por tal motivo, mediante resolución de las 13:19 horas del 1º de setiembre de 2008, se amplió el curso del hábeas corpus y se le confirió audiencia a Leticia Pérez Hidalgo. En su contestación, la curadora procesal y provisional de la amparada pidió que se rechazara el hábeas corpus, puesto que estimó, luego de examinar la prueba, que los intereses de la amparada y su integridad física estaban mejor resguardados en el Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano. En sentido similar, Haydee Castro Chavarría, trabajadora social del Departamento de Trabajo Social y Psicología de Desamparados del Poder Judicial, concluye que la situación social de la amparada ha mejorado considerablemente en el Hogar, donde se le satisfacen sus necesidades primarias, amén que recibe la atención y cuidados que demanda tanto por su avanzada edad como por su diagnóstico médico (copia de informe de intervención social a folio 334 de este expediente judicial). Por consiguiente, si bien la Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé que cualquier persona pueda plantear tanto un hábeas corpus como un amparo a favor de un tercero, esta legitimación se pierde cuando el propio amparado rechaza la gestión hecha a su nombre por un tercero. En la especie, precisamente, esto es lo que ha ocurrido, toda vez que la propia curadora provisional y procesal de la amparada, de manera fundada, solicita que se desestime el hábeas corpus. En consecuencia, los accionantes carecen de legitimación y procede el rechazo de plano de este proceso de constitucionalidad. Lo anterior constituye sustento suficiente para resolver este asunto; no obstante, argumentos adicionales resultan útiles para desestimar el hábeas corpus. Así, con excepción del hecho de que la amparada reside en el Hogar de Asociación de Atención Integral del

Anciano San Cayetano, no quedó demostrado ninguno de los demás supuestos con que los recurrentes pretendieron fundar su alegato. Así, no se comprobó que la petente hubiera sido ingresada al Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano a fin de que iniciara un proceso de rehabilitación. En realidad, lo que ocurrió fue que la amparada, luego del tratamiento médico brindado en el Hospital Nacional de Geriátría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes, tuvo que ser ingresada al referido hogar el 8 de noviembre de 2007, en virtud de una gravísima situación de riesgo social. En efecto, el diagnóstico de egreso del Hospital Nacional de Geriátría y Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes indica que la amparada adolece una red de apoyo familiar y carece de soporte económico suficiente, lo que aunado a sus padecimientos de salud, entre ellos la enfermedad de Alzheimer, obligaron su internamiento en el Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano. Tal situación es de perfecto conocimiento de la accionante Verónica Herrera Delgado, toda vez que fue entrevistada por las trabajadoras sociales Gabriela Hernández el 3 de octubre de 2007, y Marianela Parks Jones el 12 de octubre de 2007 y 2 de noviembre de 2007. Precisamente, en esta última ocasión, la propia accionante Verónica Herrera también le indicó a la médica tratante de la amparada que ni ella ni dos vecinas que la acompañaron estaban en condición de asumir el cuidado de la amparada, y que la paciente no tenía pensión ni ningún otro tipo de ingreso, por lo que debía ser institucionalizada. Tal aseveración se la reiteraron ese mismo día a la trabajadora social Marianela Parks Jones. La situación fue confirmada el 7 de noviembre de 2007, cuando esta trabajadora social vuelve a entrevistar a la accionante Verónica Herrera junto con Ana Sandí y María Eugenia Lizano, quienes de nuevo manifiestan que habían decidido valorar el recurso de ubicación institucional de la amparada debido a que carecían del recurso permanente de cuidado a nivel domiciliario, y dado el estado de salud de la paciente. Por consiguiente, este Tribunal advierte que la accionante Verónica Herrera Delgado tenía plena conocimiento de la gravísima situación de riesgo social de la amparada, de que la última no había ingresado al hogar de marras a efectos de una rehabilitación provisional sino para ser institucionalizada, esto es residir ahí permanentemente. Tampoco quedó demostrado que ninguno de los accionantes hubieran velado por la amparada durante su estancia en el Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano o hubieran hecho algún tipo de aporte económico, toda vez que las copias de los cuatro movimientos de cuentas electrónicas aportados al expediente por los propios accionantes (folios 11 y 12), corresponden a depósitos hechos por María Eugenia Lizano Caliva los días 13 de febrero, 3 de junio, 5 de agosto y 7 de julio de 2008, los tres primeros por un monto de ¢30.000 y el último por la suma de ¢25.000. Por otra parte, los accionantes omiten aportar prueba alguna que acredite con certeza cuál es su relación de parentesco con la amparada. Finalmente, tampoco quedó demostrado que Odilón Herrera Herrera hubiera autorizado o instruido a los accionantes para que sacaran a la amparada del Hogar de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano, toda vez que la supuesta autorización visible a 4 de este expediente judicial, no tiene validez legal alguna. Por el contrario, lo que sí quedó demostrado, es la gravísima situación de riesgo social de la amparada, quien, como se indicó, adolece una red de apoyo familiar y soporte económico suficiente. En efecto, ella no tiene pensión ni ingresos económicos para subsistir, ni tampoco familiares sanos dispuestos a asegurarle una vida digna. Tal situación resulta aún más peligrosa, debido a los problemas de la salud de la amparada, en particular la enfermedad de Alzheimer. Es de conocimiento público que en el estado actual de la medicina, este padecimiento neurodegenerativo, que se manifiesta en deterioro cognitivo y trastornos conductuales, es progresivo e incurable, al punto tal que las personas afectadas son incapaces de valerse por sí mismas y requieren atención permanente. En la especie, a partir de la prueba de video aportada como prueba (reportaje de Telenoticias) y el expediente médico de la amparada, resulta evidente lo avanzado de esa enfermedad en el caso de ella, lo que resulta todavía más riesgoso ya que, como lo manifestó en forma reiterada la propia accionante Verónica Herrera Delgado ante la trabajadora

social Parks Jones, no se disponía de un recurso permanente de cuidado a nivel domiciliario. De ahí que la actuación de la recurrida Flory Ortiz Chang, en su condición de Apoderada Generalísima sin Límite de Suma de la Asociación de Atención Integral del Anciano San Cayetano, quien se negó a permitir la entrega de la amparada, sea razonable y ajustada a lo estatuido en la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, Ley número 7935 de 25 de octubre de 1999. En tal sentido, el artículo 3 inciso e de ese cuerpo normativo dispone el derecho de la persona adulta mayor a un hogar sustituto con el fin de que se vele por sus derechos, si se encuentra en riesgo social, garantía que la recurrida Directora pretendió resguardar. Por otra parte, el ordinal 5 inciso 3) del mencionado cuerpo normativo establece el derecho de los residentes de establecimientos privados a no ser trasladados ni removidos del establecimiento sin haberlo consentido. En el sub exámine, en virtud de la enfermedad de Alzheimer que afecta a la amparada, es imposible un consentimiento jurídicamente válido por parte de ella, por lo que un traslado o remoción debe contar con la autorización previa de un juez, previa interposición de diligencias para la declaratoria de estado de insania, proceso que ya se entabló y se tramita en el Juzgado de Familia de Desamparados, expediente judicial número 08-400991-637-FA. Asimismo, respalda la actuación de la recurrida lo estatuido en el numeral 15 inciso c de la ley antedicha, que regula la obligación de las instituciones y organizaciones ejecutoras de la política social –lo que irremediamente comprende a los hogares de ancianos- a brindarle servicios de asistencia social a las personas adultas mayores carentes de recursos materiales y familiares para atender sus necesidades básicas. Tal asistencia deriva en un auxilio integral y resguardo frente a cualesquiera peligros que amenacen a la persona adulta mayor desvalida. En virtud de lo expuesto, este hábeas corpus resulta abiertamente improcedente. En adición, este Tribunal dispone comunicar este pronunciamiento a la Defensoría de los Habitantes, dado que su Dirección de Protección Especial conoce de la situación de los distintos sectores sociales cuyos derechos fundamentales se encuentran frecuentemente lesionados o son susceptibles de serlo, en virtud de su particular vulnerabilidad, entre ellos, los adultos mayores.

Por tanto:

Se declara sin lugar el recurso. Comuníquese a las partes y a la Defensoría de los Habitantes de la República, para lo de su cargo.-

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta a.i.

Luis Paulino Mora M. Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S. Fernando Cruz C.

Rosa María Abdelnour G.

Gastón Certad M.

EXPEDIENTE N° 08-011124-0007-CO

COSTA RICA- Sentencia 3

080151850007CO

Exp: 08-015185-0007-CO

Res. Nº 2008-018902

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las trece horas y cincuenta y dos minutos del diecinueve de diciembre del dos mil ocho.

Recurso de amparo interpuesto por DEYDALIA SOLANO BONILLA, cédula de identidad número 03-0140-0944, contra el CONSEJO NACIONAL DE LA PERSONA ADULTA MAYOR.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 8:17 horas del 10 de noviembre de 2008, la accionante interpone recurso de amparo contra el Consejo Nacional De La Persona Adulta Mayor. Manifiesta que el 17 de octubre de 2008 solicitó al recurrido una certificación para bono de vivienda en beneficio de persona adulto mayor, requisito para optar a un bono de ese tipo; no obstante, un funcionario de ese órgano, de manera displicente y altanera, le informó que la emisión de tal documento tardaría de ocho a nueve meses, ya que debían visitar todos los Establecimientos Básicos de Atención Integral (EBAIS) donde es atendida pero por el momento no contaban con personal para ese efecto. Agrega que, posteriormente, un empleado de ese consejo le informó vía telefónica que la firma de la cédula y la del formulario no coincidían, por lo que procedió a preguntar qué otros requisitos necesitaba para dicha gestión; sin embargo, no le brindaron en detalle esta información, lo que estima violenta sus derechos fundamentales.

2.- Informa bajo juramento Lidieth Barrantes Murillo, en su condición de Presidenta de la Junta Rectora del Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor (folio 9), que la dependencia a su cargo es un órgano de desconcentración máxima adscrito a la Presidencia de la República. Refiere las funciones del consejo de acuerdo con el artículo 35 de la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor. Admite que la amparada solicitó el 7 de noviembre de 2008 que se le hiciera un estudio para determinar su condición de persona adulta mayor sola. Este trabajo se realizará dentro del plazo. Indica que el Consejo brinda los requisitos y formas que deben llenar las personas adultas mayores para que se hagan los estudios pertinentes. Le solicita a la petente que aporte el nombre del funcionario y pruebas a fin de abrir un procedimiento disciplinario.

3.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado **Armijo Sancho**; y,

Considerando:

I.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) El 17 de octubre de 2008, la amparada gestionó ante el accionado Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor que se le hiciera un estudio para determinar su condición de persona adulta mayor sola (hecho incontrovertido).

b) A la fecha, el estudio supracitado no ha sido concluido ni se le ha indicado a la petente cuándo va a ser finalizado (hecho incontrovertido).

II.- Hechos no probados. No se estiman demostrados los siguientes hechos de relevancia para esta resolución:

a) Que un funcionario del Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor, de manera displicente y altanera, le informara a la recurrente que el estudio solicitado tardaría de ocho a meses en ser realizado.

b) Que un funcionario del Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor se negare a brindarle información a la accionante respecto de algún requisito referido a su gestión.

III.- Sobre el marco jurídico de protección a la persona adulta mayor. La protección a la persona adulta mayor es un deber del Estado y de la sociedad, ineludible y de primer orden. Así, el artículo 51 de la Constitución Política dispone:

"La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido." (El destacado no corresponde al original).

En relación con tal norma, en sentencia número 2001-09676 de las 11:25 horas del 26 de setiembre de 2001, este Tribunal señaló lo siguiente:

"En virtud de lo dispuesto en la norma transcrita, queda claro que la protección especial por parte del Estado para esos grupos de personas se constituye en un verdadero derecho fundamental, exigible en las correspondientes dependencias administrativas y tribunales de justicia. Es así, como a partir del concepto del Estado social de Derecho, es posible derivar obligaciones para las autoridades públicas, precisamente en aras a la búsqueda del mayor bienestar de " todos los habitantes del país", dentro de los cuales, el Derecho de la Constitución señala de manera especial a los niños, a las madres, al anciano y personas desvalidas. Es a partir del establecimiento de un de Estado Social, derivable de las disposiciones contenidas en los artículos 50 y siguientes de la Carta Fundamental, que se de manera inmediata se genera la obligada intervención estatal en materia social, en la que ha de obrar en determinado sentido y orientación: a favor de aquellos sectores especiales de la población que, por su condición, así lo requieren; y tal es el caso –sin duda alguna- de los ancianos, denominados como personas de la tercera edad, o personas adultas mayores."

Este deber de tutela está incluso cobijado en el ámbito supraconstitucional, toda vez que múltiples instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos lo contemplan. De esta forma, el numeral 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula:

"Artículo 17.- Protección de los ancianos

Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. En tal cometido, los Estados Partes se comprometen a adoptar de manera progresiva las medidas necesarias a fin de llevar este derecho a la práctica y en particular a:

a) *Proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas;*

b) *Ejecutar programas laborales específicos destinados a conceder a los ancianos la posibilidad de realizar una actividad productiva adecuada a sus capacidades respetando su vocación o deseos;*

c) *Estimular la formación de organizaciones sociales destinadas a mejorar la calidad de vida de los ancianos.”*

Ahora bien, conforme al artículo 48 de la Ley Fundamental, la protección derivada de los derechos humanos no está constreñida a los convenios y tratados formalmente ratificados por Costa Rica convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (como sucede con el protocolo supracitado), sino que se extiende a cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no esté formalmente suscrito ni aprobado conforme al trámite constitucional (sobre el tema ver sentencias números 2007-001682 de las 10:34 horas del 9 de febrero, 2007- 03043 de las 14:54 horas del 7 de marzo y 2007-004276 de las 14:49 horas del 27 de marzo, todas del año pasado). Precisamente, la protección a la persona adulta mayor está cobijada en varios instrumentos internacionales de derechos humanos que no han sufrido el trámite constitucional, los que, de acuerdo con lo explicado, forman parte del parámetro de constitucionalidad y, por ende, resultan aplicables. Entre tales instrumentos destacan el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (Resolución de la Asamblea General 37/51 del 3 de diciembre de 1982), que reafirma la convicción de que los derechos fundamentales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se aplican plena e íntegramente a la población adulta mayor, al reconocer que la *"calidad de Vida, no es menos importante que la longevidad y que, por consiguiente, las Personas de Edad deben, en la medida de lo posible, disfrutar en el seno de sus propias familias y comunidades, de una vida plena, saludable, segura, satisfactoria y ser estimadas como parte integrante de la Sociedad"*. Asimismo, la dignidad, el respeto, los cuidados especiales y toda consideración que deben gozar las personas adultas mayores dentro de la sociedad, están avaladas por lo establecido en los Principios de Naciones Unidas en favor de las Personas Adultas Mayores (Resolución de la Asamblea General 46/91 del 16 de diciembre de 1991).

Por otro lado, en materia de protección a la persona adulta mayor, también son de aplicación todos aquellos instrumentos internacionales relativos a las personas con discapacidad, toda vez que un importante sector de la tercera edad, como consecuencia de problemas de salud derivados del proceso natural de envejecimiento, puede llegar a sufrir algún grado de discapacidad, ya sea en sus funciones motoras o en las cognoscitivas. Entre tales instrumentos se encuentran la "Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad", la "Aplicación del Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales. Observación general 5, personas con discapacidad", las "Normas uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad", así como la "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" y su correspondiente Protocolo Facultativo. Para los efectos de este proceso de constitucionalidad, conviene resaltar que la referida Convención, en su artículo 28.1 dispone, por un lado, el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y, por otro, el deber correlativo del Estado a adoptar las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación; en adición, de manera aún más concreta, el ordinal 29 de la citada Convención estatuye la obligación del Estado de asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública.

En lo que toca al derecho interno, es relevante lo dispuesto por la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, Ley número 7935 de 25 de octubre de 1999, cuyo artículo 1º establece como objetivo garantizarle a las personas adultas mayores igualdad de oportunidades y vida digna en todos los ámbitos, atención integral e interinstitucional por parte de las entidades públicas y privadas, funcionamiento adecuado de los programas y servicios destinados a ellos, y la protección y seguridad social. Atinente a este amparo, conviene resaltar que el capítulo VII de ese cuerpo normativo regula una serie de derechos de la persona adulta mayor específicamente relacionados con la vivienda. Entre tales normas, conviene destacar que el numeral 27 estatuye el derecho a vivienda digna y adecuada de las personas adultas mayores y el artículo 30 regula el deber del Banco Hipotecario de la Vivienda de promover la adjudicación del derecho de uso y habitación de viviendas a favor de las personas adultas mayores que carezcan de ellas, en cuyo cumplimiento el Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor juega un papel determinante, pues de sus recomendaciones depende la regulación de tal derecho por parte del Ministerio de la Vivienda.

IV.- Sobre el caso concreto. En la especie, ha quedado demostrado que el 17 de octubre de 2008, la amparada gestionó ante el accionado Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor que se le hiciera un estudio para determinar su condición de persona adulta mayor sola. A la fecha, más de dos meses después, tal trabajo no ha concluido ni se le ha indicado a la petente cuándo va a ser finalizado. Tal situación resulta contraria tanto al deber constitucional del Estado de protección al anciano contemplado en el artículo 51 de la Constitución Política, como al derecho humano del adulto mayor a tener una vivienda digna, que se colige del numeral 17 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (Resolución de la Asamblea General 37/51 del 3 de diciembre de 1982), los Principios de Naciones Unidas en favor de las Personas Adultas Mayores (Resolución de la Asamblea General 46/91 del 16 de diciembre de 1991), y los artículos 28.1 y 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Tal derecho humano es recogido y desarrollado legalmente en el capítulo VII de la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, de manera que el grosero incumplimiento a los deberes ahí contemplados, implica una lesión a un derecho humano. En virtud de lo expuesto, el amparo deviene del todo procedente.

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Lidieth Barrantes Murillo, en su condición de Presidenta de la Junta Rectora del Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor, o a quien en su lugar ejerza ese cargo, que finalice el estudio solicitado por la recurrente el 17 de octubre de 2008 y le comunique el informe correspondiente a la amparada, dentro del plazo de quince días contado a partir de la notificación de este pronunciamiento, bajo apercibimiento de que, con base en lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta resolución Lidieth Barrantes Murillo, en su condición de Presidenta de la Junta Rectora del Consejo Nacional de la Persona Adulta Mayor, o a quien en su lugar ejerza tal cargo, en forma personal.-

Ana Virginia Calzada M.

Presidenta a.i.

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S.

Fernando Cruz C.

Rosa María Abdelnour G.

Horacio González Q.

Roxana Salazar C.

EXPEDIENTE N° 08-015185-0007-CO

GUATEMALA- Sentencia 1

APELACIÓN DE SENTENCIA DE AMPARO

EXPEDIENTE 1194-2009

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, veintinueve de enero de dos mil diez.

En apelación, y con sus antecedentes, se examina la sentencia de veinte de marzo de dos mil nueve, dictada por el Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, del departamento de Guatemala constituido en Tribunal de Amparo, en la acción constitucional promovida por Ángel Guillermo Ruano González contra el Directorio del Registro Nacional de Personas. El postulante actuó con el patrocinio de la abogada Ana Miriam Violeta Santisteban Velásquez.

ANTECEDENTES

I. EL AMPARO

A) Interposición y autoridad: presentado el veintiocho de enero de dos mil nueve, en el Centro Administrativo de Gestión Penal. Posteriormente se remitió al Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente, del departamento de Guatemala **B) Acto reclamado:** permitir que el Documento Personal de Identificación -DPI- se empezara a entregar masivamente a partir del dos de enero de dos mil nueve y que a la fecha de presentación del amparo, se continuara entregando. **C) Violación que denuncia:** amenaza de vulneración al derecho constitucional de disponer de una plena, legal y legítima identificación personal. **D) Hechos que motivan el amparo:** lo expuesto por el postulante se resume: **D.1) Producción del acto reclamado:** a) el procedimiento para entregar el Documento Personal de Identificación se inició a partir del dos de enero de dos mil nueve, siendo responsable de la emisión y entrega de dicho documento el Directorio del Registro Nacional de Personas. **D.2) Agravios que reprocha:** a) la función de imprimir el Documento Personal de Identificación la tiene a su cargo una empresa que incumplió con lo establecido en las condiciones para ofertar, pues según informe de Auditoría Concurrente sobre Adquisiciones Públicas, de la Contraloría General de Cuentas, la Empresa Easy Marketing, Sociedad Anónima, a la cual se le adjudicó la licitación y está emitiendo e imprimiendo el Documento Personal de Identificación, no cumplió ni se ajustó a los requisitos fundamentales que se exigieron en las bases de licitación; por ello, los actos y las acciones en que se desarrolló el proceso de licitación y adjudicación del Sistema Integrado de Identificación e Impresión del Documento Personal de Identificación, y Servicios Relacionados, contenidos en la Licitación Pública Nacional e Internacional cero dos -Renap- dos mil ocho, infringió normas constitucionales, procedimientos y leyes de lamateria; **b)** considera que con el acto reclamado, la autoridad impugnada le causa agravio personal, al amenazar sus derechos constitucionales a estar legal, legítima y jurídicamente identificado, a elegir y ser electo, porque el documento de identificación personal tiene un origen doloso, ilegal, ilegítimo, que no tendrá fuerza jurídica, administrativa ni política. **D.3) Pretensión:** solicitó que se le otorgue amparo, ordenándole a la autoridad impugnada la suspensión del acto reclamado, y que proceda a convocar a un nuevo concurso de licitación, por ser nulo de pleno derecho todo lo actuado en la licitación y adjudicación del Sistema Integrado de Identificación e Impresión del Documento Personal de Identificación cero dos – Renal – dos mil ocho. **E) Uso de recursos:** ninguno. **F) Casos de procedencia:** no los invocó. **G) Leyes violadas:** citó los artículos 1, 2, 4, 44, Expediente 1194-2009 2 45, 136 literal b), 153 y 154 de la

Constitución Política de la República de Guatemala; 2 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 50 de la Ley del Registro Nacional de las Personas.

II. TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: no se otorgó. **B) Terceros interesados:** no hubo. **C) Informe circunstanciado:** la autoridad impugnada informó: **a)** el diez de junio de dos mil ocho, el Registro Nacional de Personas inició proceso de Licitación Pública Nacional e Internacional, identificada como cero dos – Renap – dos mil ocho, denominado Sistema Integrado de Identificación e Impresión del Documento Personal de Identificación –Sidi- y Servicios Relacionados; **b)** se procedió a nombrar a los miembros integrantes de la junta de licitación, y el treinta de septiembre de dos mil ocho se celebró el acto público de apertura de plicas, habiendo adjudicado el evento a la entidad Easy Marketing, Sociedad Anónima, según acta administrativa de adjudicación ceo diez – dos mil ocho, de once de noviembre de ese año; **c)** el Directorio, por medio de resolución cero cero tres – dos mil ocho, ordenó a la Junta de Licitación la revisión de lo actuado, y en cumplimiento a lo ordenado, mediante acta administrativa dieciséis – dos mil ocho, dicha Junta confirmó la adjudicación realizada a la entidad Easy Marketing, Sociedad Anónima, habiéndose aprobado en forma definitiva en resolución cero cero seis – dos mil ocho, lo actuado por la Junta de Licitación; **d)** mediante Acuerdo número doscientos noventa y cuatro – dos mil ocho, el Directorio del Registro Nacional de Personas aprobó el contenido del contrato administrativo suscrito entre el Registro Nacional de Personas y la entidad Easy Marketing, Sociedad Anónima, entidad que presentó la fianza del cumplimiento del contrato, dando inicio la emisión del Documento Personal de Identificación el dos de enero de dos mil nueve. **D) Prueba:** **a)** informe de la Contraloría General de Cuentas sobre Adquisiciones Públicas del Registro Nacional de las Personas Renap, Cuenta R uno – sesenta del Proceso de Licitación Pública NOG quinientos ochenta y seis mil quinientos noventa y cinco, de la Licitación Pública Nacional e Internacional número cero dos – Renap – dos mil ocho; **b)** publicación en Guatecompras de la Licitación Nacional e Internacional identificada con el número cero dos –Renap – dos mil ocho, denominado Sistema Integrado de Identificación e Impresión del Documento Personal de Identificación –SIDI- y Servicios Relacionados; **c)** contrato de trabajo de los integrantes de la junta de licitación nombrados por el Congreso de la República y el Ministerio de Gobernación; **d)** Acuerdo del Directorio número cero tres – dos mil ocho, de veinticuatro de septiembre de dos mil ocho, en el que se nombra a los integrantes de la Junta de Licitación; **e)** acta administrativa de adjudicación cero diez – dos mil ocho, de la Junta de Licitación cero dos – Renap – dos mil ocho; **f)** resolución del Directorio del Registro Nacional de las Personas Renal, cero cero tres – dos mil ocho de veinticuatro de noviembre de dos mil ocho; **g)** acta administrativa dieciséis – dos mil ocho, de dos de diciembre de dos mil ocho, emitida por la Junta de Licitación; **h)** resolución del Directorio del Registro Nacional de las Personas cero cero seis – dos mil ocho, de ocho de diciembre de dos mil ocho; **i)** oficio de la Dirección Ejecutiva Ref. – DE – tres mil cuatrocientos noventa y cuatro – dos mil ocho, de veintinueve de diciembre de dos mil ocho, dirigido a los miembros del Directorio del Registro Nacional de Personas por el Director Ejecutivo del Registro Nacional de las Personas; **j)** Acuerdo del Directorio, doscientos noventa y cuatro – dos mil ocho; **k)** oficio Ref. –DE- tres mil cuatrocientos noventa y ocho, dirigido a los integrantes del Directorio del Registro Nacional de las Personas por el Director Ejecutivo del Registro Nacional de las Personas; **l)** escrito dirigido Expediente 1194-2009 3 al Directorio Ejecutivo del Registro Nacional de las Personas por medio del cual se presenta fianza de cumplimiento del contrato; **m)** fianza de cumplimiento de contrato extendida por Fianzas Universales, Sociedad Anónima, a favor del Registro Nacional de las Personas; **n)** fotocopia del acta de recepción de plicas, de treinta de septiembre de dos mil ocho. **E) Sentencia de primer grado:** el Tribunal consideró: "... Del análisis exhaustivo de las

actuaciones y del acto reclamado por parte del interponente de la acción de amparo, es el hecho de 'Permitir que el Documento Personal de Identificación DPI, se empezara a entregar masivamente a partir del dos de enero de dos mil nueve y que, a la presente fecha se continúe entregando', quien juzga estima que el amparo resulta inviable, ya que del estudio de los antecedentes y leyes aplicables en la acción de amparo interpuesta por Ángel Guillermo Ruano González, no existe en el presente caso una violación al derecho de disponer de una plena, legal y sobre todo legítima identificación personal, ya que la entidad recurrida actuó en cumplimiento de lo establecido en el artículo 92 de la Ley del Registro Nacional de las Personas que estipula que 'la sustitución de la cédula de vecindad deberá efectuarse en un plazo no mayor de dos años, contados a partir de que se entregue el primer documento personal de identificación por el Registro Nacional de Personas', extremo que fue cumplido por la entidad Easy Marketing, Sociedad Anónima, a quien se le adjudicó la licitación respectiva para la emisión del documento de identificación personal, cumpliendo dicha entidad con los requisitos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado y haberse agotado las impugnaciones administrativas ordinarias que permite a los legítimos interesados en el proceso ya relacionado, proteger sus derechos que consideren vulnerados, por lo anterior el postulante contará con un documento que le permitirá identificarse dentro del territorio nacional e internacionalmente si fuere el caso toda vez que el documento idóneo para identificarse fuera de la República de Guatemala, es a través del pasaporte respectivo, documento con el cual podrá realizar cualquier acto jurídico permitidos por la ley ya sea este administrativo, político o de cualquier otra índole ya que es un documento público reconocido por nuestro ordenamiento jurídico interno, así también es importante acotar que en cuanto a las recomendaciones emitidas por parte de la Contraloría General de Cuentas a través del informe de auditoría concurrente sobre adquisiciones públicas practicado al Registro Nacional de Personas, Renap, esta institución no está obligada asujetarse a dichas recomendaciones toda vez que las mismas no tienen fuerza coercitiva para su cumplimiento. Aunado a ello el postulante no declara de manera concreta y específicamente cual es el agravio en lo personal y en forma directa, puesto que el argumento que él manifiesta al interponer su solicitud de amparo se concretiza a manifestar que el acto reclamado es permitir que el Documento Personal de Identificación DPI, se empezara a entregar masivamente a partir del dos de enero de dos mil nueve, por lo que a criterio de la juzgadora no existe agravio en los derechos constitucionales del accionante, toda vez que la entidad impugnada actúa fundamentada en ley, en consecuencia y por las razones esgrimidas hacen que el amparo promovido resulte improcedente...". **Y resolvió: "... I) Deniega el amparo solicitado por Ángel Guillermo Ruano González, en contra del Directorio del Registro Nacional de las Personas 'Renap'; II) Se condena en costas por la razón considerada. III) Se le impone a la Abogada patrocinante, la multa de un mil quetzales, que deberá hacer efectiva en la Tesorería de la Corte de Constitucionalidad, dentro de los cinco días de estar firme el presente fallo(...)**".

III. APELACIÓN

El postulante apeló.

IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) El accionante reiteró los argumentos expuestos en el planteamiento del amparo y manifestó que al haber permitido, tanto la Junta de Licitación como el Directorio del Registro Nacional de Personas, que se adjudicara y se aprobara tal adjudicación, sin contar con las respectivas partidas presupuestarias, en clara violación al artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, permite comprobar que tal adjudicación y aprobación fueron actos nulos de pleno derecho. Solicitó se revoque la sentencia apelada y se otorgue el amparo. **B) El Directorio del Registro Nacional de**

las Personas manifestó: a) no se le ha causado agravio al postulante, pues al autorizar el dos de enero de dos mil nueve la emisión del Documento Personal de Identificación, cumplió con lo establecido en la Ley de la materia, específicamente el artículo 92 del Decreto 90-2005 del Congreso de la República; **b)** la acción de amparo promovida por el postulante se refiere a aspectos directamente relacionados con el evento de licitación pública nacional e internacional, consistente en la emisión del Documento Personal de Identificación y servicios relacionados, el cual ya sufrió el proceso de revisión a través de las impugnaciones administrativas, que permite a los legítimos interesados en el proceso a proteger sus derechos que consideren vulnerados, lo que evidencia falta de legitimación activa por parte del postulante, pues para que sea viable el amparo es necesario que los actos de autoridad hayan producido agravio en la esfera de los intereses jurídicos del reclamante.

Solicitó se confirme la sentencia impugnada. **C) El Ministerio Público** expresó que la entidad impugnada, al ejecutar el acto que se reclama, lo hizo atendiendo una norma jurídica vigente, enmarcándose en el ámbito de sus actividades, razón por la cual no existe violación a los derechos que se han denunciado como transgredidos, que torne meritorio el otorgamiento de la acción constitucional promovida. Solicitó se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERANDO

-I-

Para la procedencia del amparo, es necesario que exista un agravio personal y directo, ya que en este instrumento constitucional no existe acción popular, sino que es necesario valer un derecho propio. Dado que la legitimación activa corresponde a quien tiene interés en el asunto para que esta garantía constitucional sea viable, es necesario que los actos de autoridad reclamados hayan producido agravio en la esfera de los intereses jurídicos del reclamante.

-II-

Se ha promovido amparo contra el Directorio del Registro Nacional de las Personas, reclamándose contra el hecho de “permitir que el documento personal de identificación, se empezara a entregar masivamente a partir del dos de enero de dos mil nueve y que, a la presente fecha, se continúe entregando”; porque la empresa que tiene a su cargo la función de imprimir el documento no tiene el sustento legal para ello, en virtud que, arguyó el amparista, los actos en que se desarrolló el proceso de licitación y adjudicación del Sistema Integrado de Identificación e Impresión del Documento Personal de Identificación, Sidi, y Servicios Relacionados contenidos en la Licitación Pública Nacional e Internacional cero dos – Renap – dos mil ocho, violaron normas constitucionales, procedimientos y leyes de la materia, pues la empresa que tiene a su cargo la impresión del Documento de Identificación Personal incumplió con lo establecido en las condiciones Expediente 1194-2009 5 para ofertar, al no acreditar fehacientemente la representación respectiva, ni presentar copia de los estados financieros auditados en los últimos tres años, entre otros, hecho que le provoca agravio porque considera que le asiste la garantía constitucional de tener la certeza y seguridad jurídica en que al entregarle el documento personal de identidad por parte del Registro Nacional de las Personas, éste sea legal, legítimo y no sujeto a ningún reparo administrativo, jurídico o político que ponga en riesgo su propia identificación y toda la documentación que se derive de dicho documento.

El Juzgado Primero de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente del departamento de Guatemala, constituido en Tribunal de Amparo, denegó el amparo solicitado al estimar que no existe en el presente caso violación al derecho de disponer de una plena, legal y sobre todo legítima identificación personal del postulante, ya que la entidad impugnada actuó en cumplimiento de lo establecido en el artículo 92 de la Ley del Registro Nacional de las Personas,

por medio de la entidad Easy Marketing, Sociedad Anónima, a la que se le adjudicó la licitación respectiva para la emisión de dicho documento, cumpliendo con los requisitos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado.

-III-

En el presente caso, esta Corte, al realizar el análisis respectivo, considera que el postulante señala como acto reclamado el hecho de permitir que el Documento Personal de Identificación DPI, se empezara a entregar masivamente a partir del dos de enero de dos mil nueve y que, a la presente fecha, se continúe entregando”, es decir, un acto que no va dirigido en particular en su contra y que afecte la esfera de sus intereses jurídicos, sino que es aplicable a todas las personas que se encuentran en la condición para lo cual fue autorizado y, de conformidad con la procedencia del amparo, éste fue instituido con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos, es decir, que dicha protección es de carácter personal y directo.

Conforme lo anterior, el amparo solicitado es notoriamente improcedente, lo que conlleva a confirmar la sentencia apelada pero por las razones antes consideradas.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 265, 268 y 272 inciso c), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8º, 10, 42, 43, 44, 47, 57, 60, 61, 67, 149, 163 inciso c), 185 y 186 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 17 del Acuerdo 4- 89 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Confirma la sentencia venida en apelación, por los motivos aquí expuestos. II) Notifíquese y, con certificación de lo resuelto, devuélvanse los antecedentes.

JUAN FRANCISCO FLORES JUÁREZ
PRESIDENTE

ROBERTO MOLINA BARRETO
MAGISTRADO

MARIO PÉREZ GUERRA
MAGISTRADO

GLADYS CHACÓN CORADO
MAGISTRADA

VINICIO RAFAEL GARCÍA PIMENTEL
MAGISTRADO

AYLÍN ORDOÑEZ REYNA
SECRETARIA GENERAL

GUATEMALA- Sentencia 2

INCONSTITUCIONALIDAD GENERAL PARCIAL

EXPEDIENTE 812-2010

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, INTEGRADA POR LOS MAGISTRADOS ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE, QUIEN LA PRESIDE, MAURO RODERICO CHACÓN CORADO, HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA, ROBERTO MOLINA BARRETO Y GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR: Guatemala, veintisiete de abril de dos mil once.

Se tiene a la vista para dictar sentencia, la acción de inconstitucionalidad general total de la circular treinta y uno-dos mil nueve de tres de septiembre de dos mil nueve, emitida por el Registrador Central de las Personas, promovida por Sergio Fernando Morales Alvarado, en su calidad de Procurador de los Derechos Humanos. El postulante actuó con el patrocinio de los abogados Ovidio Ottoniel Orellana Marroquín, José Guillermo Rodríguez Arévalo y Edi Lili Barco Pérez. Es ponente en este caso el Magistrado Presidente, Alejandro Maldonado Aguirre, quien expresa el parecer de este Tribunal.

ANTECEDENTES

I. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA IMPUGNACIÓN

Lo expuesto por el accionante se resume: insta la garantía de la inconstitucionalidad general contra la circular impugnada, pues siendo que ésta posee efectos generales es viable su examen por esta vía. Para fundar su planteamiento invoca los siguientes argumentos: **a)** la circular impugnada viola los artículos 2º., 5º., 152, 155 y 274 de la Constitución Política de la República de Guatemala, lesionando la libertad de acción y el principio de legalidad. De conformidad con el artículo 4º. del Código Civil la persona se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados, o del de sus padres no casados que lo hubieren reconocido. Regula ese mismo precepto que, en el caso de los hijos de la madre soltera, serán inscritos con los apellidos de ésta. Asegura el solicitante de la inconstitucionalidad que dicha normativa no distingue sobre el orden de los apellidos, extremo que se afecta por la circular impugnada, que determina como orden de designación del apellido de las personas, primero el del padre y, en segundo lugar, el de la madre. Por tal circunstancia se afirma que la autoridad emisora emitió disposiciones generales no basadas en ley, contraviniendo la seguridad jurídica consagrada en el artículo 2º. y el principio de legalidad ya mencionado; **b)** viola los artículos 2º., 4º., 44, 46, 47, 48 49 y 51 de la Constitución Política de la República de Guatemala lesionando la dignidad humana, el principio de igualdad, de protección a la familia, el matrimonio, a los menores y a la maternidad. Al establecer una norma inflexible que los hijos tendrán como primer apellido el del padre y, como segundo, el de la madre, se viola el principio de igualdad, ya que solamente el primero transmite sus apellidos por generaciones, mientras los de la madre desaparecen por el transcurso del tiempo, perdiendo la posibilidad de transmitirlos de generación en generación; aunado a lo anterior, debe tomarse en cuenta que la disposición contenida en la circular impugnada, no incorpora la razonabilidad objetiva necesario que la justifique, sino simplemente determina un trato discriminatorio para la mujer. Ello también implica violación a la dignidad humana de la mujer, al discriminársele negativamente frente al hombre. Asimismo, se afecta a la familia, el matrimonio y la igualdad de los hijos, ya que en la inscripción de nacimientos de los hijos varones se mantiene el apellido del padre, pero, en el caso de las hijas mujeres se pierde con el Expediente 812-2010 2 transcurso del tiempo. También existe violación a la igualdad de los cónyuges, contenido en el artículo 47 constitucional, pues no se permite la opción de consignar, en primer lugar, el apellido de la madre; **c)** viola el artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al invadir la competencia que le corresponde al Congreso de la República de emitir decretos o reformarlos. El artículo 4º. del Código Civil establece la forma en que se conforma el nombre de las personas, lo cual únicamente puede ser reformado por el Congreso de la República, no obstante, el mismo se ve alterado con la circular impugnada. Asimismo, debe tomarse en cuenta que el Código citado es de jerarquía superior a la circular, de

manera que ésta no debe ser acatada en atención a la disposición constitucional de que nadie está obligado a acatar órdenes que no estén basadas en ley ni emitidas al tenor de ella -artículo 5º. Constitucional-; **d)** viola los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa establecidos en los artículos 44, 175 y 204 de la Carta Magna, al disponer que primero debe incluirse el apellido del padre y luego el de la madre en la inscripción de un nacimiento; por otro lado, modifica una norma ordinaria que sólo podía ser reformada por medio de un decreto de la misma categoría. Tales circunstancias hacen nula la disposición impugnada, razón por la cual solicita que se declare con lugar la presente acción de inconstitucionalidad.

II. TRÁMITE DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

No se decretó la suspensión provisional de la norma impugnada. Se dio audiencia por quince días al Registro Nacional de las Personas y al Ministerio Público.

III. RESUMEN DE LAS ALEGACIONES

A) El Registrador Nacional de las Personas manifestó: **a)** el planteamiento de la acción es improcedente por cuanto el artículo 133 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad viabiliza la inconstitucionalidad contra las disposiciones de carácter general, sin embargo, la circular que se impugna va dirigida a un grupo de personas -registradores civiles- y no a la generalidad, siendo un mero acto administrativo de comunicación; **b)** no obstante, si bien el artículo 4º. del Código Civil prescribe la conformación del nombre, también lo es que no regula un orden específico en que se ha de colocar los apellidos de las personas; de esa cuenta, al no ser claro en ese sentido, se hace necesaria efectuar una interpretación a tenor de lo que establece el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial, atendiendo la finalidad y espíritu de la misma, debiendo establecerse los alcances de la disposición de aquél artículo en cuanto a que "...Para una mejor identificación de la persona, se exige el uso de los apellidos paterno y materno para los actos de la vida civil..."; **c)** no existe violación al principio de libertad, ya que la circular posee carácter interno, cuyo objetivo es establecer un orden en todo el país en lo relativo a la inscripción del nombre de la persona individual; tampoco se viola el principio de legalidad, pues no se violenta norma alguna, sino que únicamente se establece un orden en la inscripción del nombre que asegura el conocimiento público del mismo; no existe violación al principio de igualdad, pues lo que se pretende con la circular es generar certeza jurídica del acto registrado. Debe tenerse en cuenta que los derechos de la mujer no desaparecen por el sólo hecho de establecer el meritado orden; **d)** no se invade la competencia del Congreso de la República, pues en atención a que el Código Civil no establece el orden en el que deben colocarse los apellidos en el nombre, se hacía necesario, para efectos de seguridad registral, crear criterios unificados dentro del registro civil. Todos los argumentos anteriores provocan la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad general total planteada. **B) El Ministerio Público** argumentó: **a)** Expediente 812-2010 3 sobre la denuncia de violación de los artículos 2º., 5º., 152, 154, 155 y 274 de la Constitución Política de la República de Guatemala estimó que es viable el conocimiento de fondo de la acción planteada, ya que la circular impugnada contiene una disposición de carácter general y una instrucción normativa emitida por el Registro Central de las Personas. Esa disposición viola el artículo 4º. del Código Civil y el principio de legalidad, por cuanto contraviene el ordenamiento jurídico al emitir disposiciones de carácter normativo; **b)** respecto de la denuncia de violación de los artículos 2º., 4º., 44, del 46 al 49 y 51 de la Carta Magna refiere que, en efecto, la circular impugnada transgrede la normativa citada, pues carece justificación razonable que atienda el sistema de valores que la Constitución acoge, provocando tratamiento distinto de los padres de la persona a inscribir, pues se impide a la mujer que en el nombre de sus hijos o hijas aparezca primero su apellido, dándole únicamente esa oportunidad al padre; **c)** en relación al argumento de que la circular viola el artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala asegura que existe tal violación, ya que al normar aspectos que no se encuentran contemplados en el Código Civil, se atribuyen al Registrador Central de las Personas funciones que le corresponden únicamente al Congreso de la República; **d)** respecto de la denuncia de transgresión de los artículos 44, 174 y 204 constitucionales argumentó que al establecerse que la circular impugnada efectivamente transgrede diversas normas constitucionales, deberá declararse que es una disposición nula ipso jure y, por lo tanto, al dictarse sentencia, deberá ser expulsada del ordenamiento jurídico. Solicitó que se declare con lugar la inconstitucionalidad planteada.

IV. ALEGATOS EN EL DÍA DE LA VISTA

A) El accionante reiteró los argumentos vertidos en el escrito de planteamiento de la inconstitucionalidad y agregó: **a)** que las alegaciones efectuadas por el Ministerio Público son valederas, por lo que deben tomarse en cuenta al momento de dictar sentencia; **b)** no comparte el argumento del Registro Nacional de las Personas, que descarta la generalidad de la disposición impugnada, pues la circular sí posee efectos generales, pues si bien va dirigida a un grupo de personas que actúan en determinado sentido, la labor que éstas desempeñan, incide en la totalidad de los habitantes de la República, lo que le da el carácter de general; de esa cuenta, el hecho de que no haya sido publicado en el Diario Oficial no es requisito indispensable para determinar esa característica y sus efectos, sino el contenido de la disposición impugnada. Además, esa institución reconoce que el Código Civil no establece el orden de los apellidos en el nombre, extremo que sí se dispone en la circular impugnada, lo que pone de manifiesto la existencia de las violaciones denunciadas; **c)** la norma no está apegada al espíritu que el legislador quiso establecer en el artículo 4 del Código Civil, pues en la creación de este precepto aquél no tuvo la intención de establecer expresamente, por lo que los argumentos de dicha entidad carecen de fundamento jurídico. Solicitó que se declare con lugar la acción planteada. **B) El Registrador Nacional de las Personas** reiteró los argumentos expuestos en el escrito en el que evacuó la audiencia que por quince días le fuera conferida y enfatizó que la circular impugnada no posee carácter general, por lo que no es susceptible de ser atacada de inconstitucional; asimismo, que el orden que se establece para los apellidos es dado en razón de la seguridad jurídica y registral. No acepta la tesis de que la norma impugnada propicie un trato discriminatorio a la mujer, ya que los derechos reconocidos para ésta no dejan de existir por el sólo hecho de establecer dicho orden. Solicitó que se declare sin lugar la inconstitucionalidad general total planteada. **C) El Ministerio Público** Expediente 812-2010 4 reiteró los argumentos expuestos en la audiencia que por quince días le fuera conferida. Solicitó que se declare con lugar la acción planteada.

CONSIDERANDO

-I-

Corresponde a esta Corte, como función esencial, mantener la preeminencia de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico, conociendo de las impugnaciones contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que sean objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad. Dicha función se realiza por medio del examen de constitucionalidad de las normas, el que comprende el análisis de la disposición impugnada y su confrontación con normas constitucionales, con el fin de que, en caso de existir la contravención denunciada, el precepto impugnado pierda su validez y sea excluido del ordenamiento jurídico.

-II-

Sergio Fernando Morales Alvarado, en su calidad de Procurador de los Derechos Humanos, insta la garantía de la inconstitucionalidad general para impugnar la circular treinta y uno – dos mil nueve (31-2009), de tres de septiembre de dos mil nueve, emitida por el Registrador Central de las Personas en la que instruyó a todos los registradores civiles de las personas, que al momento de realizar una inscripción de nacimientos, deben tomar en cuenta que el nombre de la persona se compone consignando, en primer orden, el apellido paterno de la persona a inscribir y, en segundo, el apellido materno. El accionante asegura que dicha disposición vulnera el texto constitucional por las razones que quedaron asentadas en el apartado de resultandos del presente fallo.

-III-

Como cuestión preliminar, esta Corte considera necesario analizar la viabilidad de la acción instada. Este análisis atiende al cuestionamiento formulado por el Registrador Nacional de las Personas, en cuanto a que la disposición impugnada no tiene el carácter de “general”. Al respecto, este Tribunal estima pertinente citar el contenido de la sentencia de treinta y uno de enero de dos

mil diez, dictada dentro del expediente seiscientos ochenta y tres – dos mil cinco (683-2005) en la que esta Corte consideró: “...

El artículo 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que ‘...Las acciones en contra de leyes, reglamentos o **disposiciones de carácter general** que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad.’ (El resaltado no aparece en el texto original). Puede apreciarse que la dicción contenida en el precepto anteriormente transcrito precisa que las acciones que conlleven como objetivo la denuncia de inconstitucionalidad de normas de inferior jerarquía a la de la Constitución Política de la República de Guatemala deben promoverse únicamente contra leyes, reglamentos y disposiciones que posean la característica de ser generales. Excluye de esa manera la posibilidad de que por la vía mencionada prospere el reproche que se intente contra disposiciones que el poder público haya emitido **con alcances** individualizados o particularizados (el resaltado es propio del Tribunal). El concepto ‘general’, al cual alude la norma superior mencionada, significa ‘Común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente’, según una de las acepciones que ofrece el Diccionario de la Lengua Española (vigésima primera edición, página 1032), aplicable al caso que ahora se analiza. Constituye esa noción que brinda la acepción relacionada, el fundamento con el que se estructura la hipótesis que queda Expediente 812-2010 5 contenida en toda norma jurídica que posee la característica de ser general, o sea, común a un conjunto de individuos que constituyen un todo. Así, esa hipótesis surge como un supuesto ideal descrito en el texto de cada norma de aquella índole, cuya positivación, es decir, su realización en un momento dado, por parte de los individuos a la que ésta se dirige, provoca indefectiblemente el acaecimiento de la consecuencia también prevista en el precepto... ”. En ese sentido, debe resaltarse que en el fallo citado se hace mención a que el carácter de generalidad de una norma se determinará por la falta de especificación del destinatario al cual va dirigido y por los alcances que la norma pueda poseer. En el caso que se analiza, debe tenerse en cuenta que aún cuando la circular impugnada está dirigida a un grupo concreto de individuos –registradores civiles-, debe comprenderse que la misma sí posee efectos generales pues la instrucción dada a tales funcionarios conllevará sus efectos en la labor que éstos desempeñan al decidir los actos de inscripción, de ahí que no pueda aceptarse la tesis de que dicha disposición posea **alcances** individualizados o particularizados, pues la disposición contenida en la citada circular alcanzará el ámbito de las personas a inscribir. Tales razonamientos conllevan a concluir que la vía instada es la adecuada dado que la circular impugnada sí posee características de “generalidad”, lo que torna viable el conocimiento de fondo de la pretensión instada.

-IV-

Como quedó asentado en el apartado inicial del presente fallo, el accionante resiente violación de los derechos de dignidad humana, de igualdad, de libertad de acción, de protección a la familia, al matrimonio, a los menores y a la maternidad y a los principios de legalidad, a la potestad legislativa, a la supremacía constitucional y al de jerarquía normativa, consagrados en los artículos 2º., 4º., 44, 46, 47, 48 49, 51, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Del análisis del escrito de planteamiento de la acción se advierte que, respecto de los artículos 2º, 44, 47, 48, 49, 51 y 175 de la Carta Magna, el accionante no cumplió con el mínimo requisito de expresar en forma razonada y clara los motivos jurídicos en los que descansa la impugnación, por tal razón, siendo que dicho requisito opera como condición sine qua non para el conocimiento del asunto por parte del tribunal constitucional, esta Corte no efectuará el estudio comparativo requerido. De tal manera que únicamente se hará pronunciamiento respecto de la violación que se estima cometida contra los artículos 4º., 171 y 204 constitucionales, que consagran el derecho de igualdad y los principios de potestad legislativa, de supremacía constitucional y de jerarquía normativa, respectivamente.

-V-

Para iniciar el análisis que se requiere a este Tribunal debe establecerse, cuál es, según la doctrina, el objeto del elemento jurídico del nombre. Para Julio César Rivera "el nombre es el medio de identificación de las personas en la sociedad" (Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires). Por su parte, los autores L. Díez-Picazo y A.

Gullón afirman del nombre que éste “no es sólo un distintivo; evoca idealmente a la misma persona en sus cualidades morales y sociales. Por ello, su protección es protección de su personalidad tanto desde un punto de vista de su individualidad física como moral y social”. (Sistema de Derecho Civil, vol. I, Civitas, 9ª. Edición, 1997, página 365). Para la autora Ana María Redondo García el nombre abarca una triple faceta: “...en primer lugar subjetiva, como derecho de la personalidad, íntimamente unido a la identidad y a los derechos al honor y a la propia imagen. En Expediente 812-2010 6 segundo lugar, remite a un status familiar que apunta bien al hecho biológico de la filiación, bien a otros supuestos como el reconocimiento legal o la adopción y que por tanto conlleva derechos hereditarios. Por último hay que reconocer un tercer componente que responde a intereses de orden público, puesto que el nombre dota de seguridad jurídica y certeza al tráfico jurídico...”. (Revista Jurídica de Castilla y León, número siete, octubre dos mil cinco.) En el mismo sentido, el autor Manuel Batllé indica que “...además de la identificación psicológica, el nombre civil permite, a través de los apellidos, la identificación del individuo con una determinada procedencia genealógica, de tal manera que se produce una identificación familiar. Por esta razón, es de suma importancia la transmisión del doble apellido al hijo pues con ello se identifica la filiación paterna y materna. De esta forma la persona, y en especial el menor, adquiere conciencia de pertenecer a una familia y se siente integrado en ella...”; continúa asegurando “...La forma y el orden de los elementos que componen el nombre responden a los valores culturales y sociales, en ocasiones anacrónicos, que existen en cada ordenamiento. De esta forma cada persona se siente integrada en una determinada sociedad y es reconocida como parte de la misma por personas sometidas a otro ordenamiento jurídico...”. En el caso del ordenamiento jurídico guatemalteco, debe tenerse en cuenta que la Constitución Política de la República de Guatemala no contempla el derecho al nombre como un derecho fundamental, sin embargo, dicho elemento de la persona ha adoptado relevancia constitucional en virtud de los instrumentos internacionales -reconocidos por Guatemala- que lo protegen. De esa manera tal derecho debe entenderse elevado al rango de fundamental conforme lo establecido en el artículo 46 de la Carta Magna. Entre los instrumentos internacionales a que se alude puede citarse la Declaración de los Derechos del Niño que, en su artículo 3º, establece: “...El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”. Similar disposición contemplan los artículos 24 del Pacto internacional de Derechos Civil y Políticos y 18 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que regulan: “...Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”, por citar dos casos. Ese derecho, en la legislación ordinaria guatemalteca se encuentra establecido en el artículo 4º. del Código Civil, el cual prescribe: “...La persona individual se identifica con el nombre con que se inscriba su nacimiento en el Registro Civil, el que se compone del nombre propio y del apellido de sus padres casados o de sus padres no casados que lo hubieren reconocido. Los hijos de madre soltera serán inscritos con los apellidos de ésta. Los hijos de padres desconocidos serán inscritos con el nombre que les de la persona o institución que los inscriba. En el caso de los menores ya inscritos en el Registro Civil con un sólo apellido, la madre, o quien ejerza la patria potestad, podrá acudir nuevamente a dicho Registro a ampliar la inscripción correspondiente para inscribir los dos apellidos.”.

Una de las denuncias que formula el solicitante de la inconstitucionalidad es que la disposición impugnada provoca violación al derecho de igualdad de la mujer frente al hombre. Al respecto cabe citar lo que respecto a la expresión “discriminación contra la mujer” contempla la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que prescribe: “denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. Respecto a este tema, el Comité de Ministros del Consejo de Europa estableció en la Resolución setenta y ocho / treinta y siete (78/37), de 1978, la recomendación a los Estados miembros de que hicieran desaparecer toda discriminación entre el hombre y la mujer en el régimen jurídico del nombre. Dicha recomendación fue adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de veintidós de febrero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), en el caso *Burghartz contra Suiza*, relacionado con las discriminaciones sexistas en la elección de los apellidos, fallo en el cual consideró: “La Corte reitera que el avance en la igualdad

de los sexos es hoy aún, una meta importante para los Estados miembros del Consejo de Europa; ello significa que solo razones de enorme peso podría soportar una diferencia de trato basada sólo en el sexo, que fuera compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos...”.

Para analizar lo relativo a la constitucionalidad de la disposición impugnada cabe hacer análisis de la forma en la que el tema ha sido abordado en otros países. En España, por ejemplo, la Ley 40/99 sobre nombres y apellidos, establece: “...Si la filiación está determinada por ambas líneas, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral...”. En Francia, a partir del primero de enero de dos mil cinco, los progenitores son libres de escoger para su primogénito el apellido de la madre, el del padre o ambos, en el orden que elijan, unidos con un guión. En Chile, el proyecto que promueve la reforma de la Ley número 17.344, que Autoriza el Cambio de Nombres y Apellidos, prescribe: “...Artículo 126. Al inscribir un nacimiento se designará al inscrito por el nombre que designe la persona que requiera la inscripción. Si el hijo nacido es matrimonial o no matrimonial reconocido por ambos padres, se pondrá a continuación el apellido del padre y enseguida el de la madre. Sin embargo, los padres de común acuerdo podrán colocar primero el apellido de la madre y enseguida el apellido del padre, debiendo en este caso proceder de igual forma con todos los hijos comunes...”. En México, un proyecto de ley que reforma el artículo 58 del Código Civil de dicha Federación establece: “...el acta de nacimiento contendrá el día, la hora y el lugar de nacimiento, el sexo del presentado, el nombre o nombres propios y el primer apellido materno y paterno que le corresponda en el orden que acuerden los padres...”. En Paraguay se receptan los postulados de la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, al establecer la posibilidad de que los padres, de común acuerdo, determinen el orden de los apellidos. Con base en las notas anteriores, que denotan la razón de la existencia del nombre de las personas así como la forma en la que dicha figura jurídica ha sido abordada en el ámbito internacional, podría principiarse afirmando que el nombre es un derecho humano relacionado con el derecho a la identidad y que corresponde a cada individuo como medio de identificación en las esferas familiares, sociales, jurídicas y demás. La existencia de tal elemento trae consigo el derecho de los padres de elegir cuál será el nombre que identificará a su hijo, debiendo entenderse que, a menos que la dinámica social imponga un motivo razonable, los progenitores quedan en la facultad de elegir el orden en el que se deberán consignar los apellidos en el Registro correspondiente. Esa es la corriente actual que armoniza con la demanda efectuada a los Estados de eliminar toda forma de discriminación. Debe tenerse presente que en Guatemala, el precepto ordinario que rige la materia -artículo 4º del Código Civil- no impone prohibición para que dicho extremo pueda quedar a discreción de los padres. No obstante ello, la falta de legislación que norme en forma exhaustiva dicha temática pone de manifiesto la incertidumbre jurídica que podría surgir ante el posible desacuerdo entre los padres al momento de inscribir el nacimiento de sus hijos o bien, la falta de identidad o de certeza que podría generar la decisión de inscribir a algunos hijos con el apellido paterno al inicio y a otros con el materno. Como pudo advertirse en la legislación comparada que ha sido citada, la facultad de libre elección en el orden de los apellidos de los hijos debe regirse según lo que se haya decidido en cuanto al primogénito, debiendo conservarse el mismo orden para los subsiguientes, de manera que el nombre no pierda la característica de identificación del núcleo familiar del que proviene la persona a inscribir.

Ante tales vicisitudes, este Tribunal encuentra razonable la disposición general contenida en la circular impugnada. Debe comprenderse que dicha disposición atiende a las funciones y objetivos que han sido encomendadas a dicha institución pública a tenor de lo que establece el artículo 2 de la Ley del Registro Nacional de las Personas, que dispone: “El RENAP es la entidad encargada de organizar y mantener el registro único de identificación de las personas naturales, inscribir los hechos y actos relativos a su estado civil, capacidad civil y demás datos de identificación desde su nacimiento hasta la muerte, así como la emisión del Documento Personal de Identificación. Para tal fin implementará y desarrollará estrategias, técnicas y procedimientos automatizados que permitan un manejo integrado y eficaz de la información, unificando los procedimientos de inscripción de las mismas”. En el ejercicio de las funciones encargadas a dicho ente público puede válidamente incluirse la emisión de circulares que persigan dotar de seguridad y certeza jurídica a las inscripciones que tienen a su cargo. Sin embargo, debe insistirse en que, en atención a que el artículo 4º. del Código Civil no contempla limitación para que las partes puedan arribar a un acuerdo que disponga el orden en el que deberán colocarse los apellidos del descendiente, deberá

entenderse que la recomendación contenida en la circular impugnada registrará únicamente en los casos en los que no exista acuerdo de los padres o cuando éstos no manifiesten interés en invertir el orden mencionado. En otros términos, la recomendación contenida en la circular impugnada deberá ser atendida por los encargados de la verificación de las inscripciones únicamente en los casos en los que los interesados no manifiesten haber alcanzado un acuerdo en contrario, de ahí que la circular no podrá ser utilizada para hacer nugatorio ese derecho de libre disposición del nombre que atañe a los padres del infante a inscribir. Además de las estimaciones anteriores, debe recordarse que la elección del nombre y apellidos constituye un derecho personalísimo que el individuo, en su mayoría de edad, puede determinar según su propia preferencia, por lo que encima de los derechos maternos o paternos, esa elección tendría prioridad subjetiva. Por tales razones, se estima que la circular impugnada no viola las disposiciones constitucionales enunciadas por el accionante, ya que su contenido no prohíbe la inscripción de los apellidos de las personas en un orden diferente al que los padres acuerden, guardando fines exclusivos de organización, que doten de seguridad y certeza jurídica las inscripciones de las personas. Las anteriores consideraciones permiten a esta Corte concluir en que la acción de inconstitucionalidad planteada, en cuanto a este aspecto, carece de fundamento y, por lo mismo, debe ser declarada sin lugar.

-VI-

Respecto al argumento relativo a que la disposición impugnada viola el artículo 171 de la Constitución Política de la República de Guatemala, al invadir la competencia que le corresponde al Congreso de la República de emitir decretos o reformarlos, ya que el artículo 4º. del Código Civil no establece un orden en la conformación del nombre de las personas, y una alteración de dicha norma únicamente puede ser reformado por el Congreso de la República, esta Corte considera que no se viola el artículo constitucional invocado, ya que los alcances de la disposición impugnada no altera el orden establecido en dicha normativa de derecho común, pues, como se consideró, no limita la libre determinación de los padres a escoger un orden diferente en los apellidos de sus hijos. Con base a lo anteriormente considerado, esta Corte estima que debe declararse sin lugar la presente acción, sin imponer la multa respectiva a los abogados patrocinantes ello en virtud de que, para arribar a la conclusión de constitucionalidad de la norma, debió mediar análisis interpretativo de este Tribunal. No debe condenarse en costas al solicitante por no haber sujeto legitimado para su cobro.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 267 y 272, inciso a), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 114, 115, 133, 137, 140, 143, 148, 149, 163, inciso a), 183 y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 31 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I) Sin lugar** la acción de inconstitucionalidad general total de de la Circular 31- 2009 de tres de septiembre de dos mil nueve, emitida por el Registrador Central de las Personas. **II) No se impone multa ni se hace condena en costas.** **III) Notifíquese.**

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE
PRESIDENTE

MAURO RODERICO CHACÓN CORADO
MAGISTRADO

HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA
MAGISTRADO

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR
MAGISTRADA

CARMEN MARÍA GUTIÉRREZ DE COLMENARES
MAGISTRADA

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ
SECRETARIO GENERAL

GUATEMALA- Sentencia 3

DICTAMEN

EXPEDIENTE 1523-2011

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, diecisiete de junio de dos mil once. Se tiene a la vista, para emitir dictamen, el oficio de veintisiete de abril de dos mil once, remitido por el Primer Vicepresidente del Congreso de la República de Guatemala, Diputado Manuel de Jesús Barquín Durán, en el que solicita que esta Corte se pronuncie respecto de la iniciativa de reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos. Lo anterior, en virtud que el Congreso de la República de Guatemala, el veintiséis de abril de dos mil once, aprobó el Acuerdo Legislativo identificado con el número 10-2011, por medio del cual decidió remitir, para dictamen de esta Corte, la iniciativa registrada en ese Organismo con el número de registro cuatro mil doscientos cincuenta y cuatro (4254), la cual incluye las enmiendas conocidas por ese Organismo a la Ley Electoral y de Partidos Políticos. La remisión relacionada se efectúa de conformidad con lo establecido en el artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el artículo 123 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, los cuales establecen que las leyes calificadas como constitucionales requieren para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad. Es ponente en este caso el Magistrado Vocal II, Héctor Hugo Pérez Aguilera, quien expresa el parecer de este Tribunal.

I. DE LA INICIATIVA PRESENTADA Y REMITIDA:

El veintiuno de septiembre de dos mil diez se conoció, en el Pleno del Congreso de la República, la iniciativa de Ley presentada por los representantes Jaime Antonio Martínez Lohayza, Manuel de Jesús Barquín Durán y Virna Ileana López Chacón, la cual quedó registrada con el número cuatro mil doscientos cincuenta y cuatro (4254), y que contiene propuestas de reformas a los artículos 220, 221, 222 y 223 bis de la Ley Electoral y de Partidos Políticos. El cinco de abril de dos mil once se presentó la moción privilegiada en la que se propuso se dispensara de dictamen tal proyecto y se discutiera ese día en primer debate, lo que así se realizó. Luego se discutió en segundo debate el doce de abril de dos mil once y en tercero el veintiséis del citado mes y año. En esta oportunidad se realizaron dos enmiendas por adición, la primera para modificar el segundo párrafo del artículo 21 de la Ley relacionada y la segunda proponiendo la creación de un artículo 231 bis. Por estimarse que estaba suficientemente discutido en tercer debate el proyecto, y por tratarse de una Ley de rango constitucional se procedió a emitir el Acuerdo 10-2011 del Congreso de la República de Guatemala, de veintiséis de abril de dos mil once, en el que se dispuso remitir el expediente que contenía tal iniciativa, el cual incluye las enmiendas recibidas a esa fecha, a efecto de que esta Corte emitiera el dictamen que requiere la Ley para su aprobación.

II. CONSIDERACIONES GENERALES:

Previo al análisis particularizado de la normativa cuya reforma se propone, es necesario puntualizar que tales modificaciones se encuentran dirigidas a adicionar, suprimir o variar el contenido de normas que regulan aspectos de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, con relación a varios temas, tales como el financiamiento de los partidos políticos, la propaganda electoral y los medios de comunicación, así como el voto en el extranjero. Por lo anterior, es necesario señalar que cada una de las reformas debe interpretarse en consonancia con los principios que rigen el derecho

electoral y los derechos cívicos y políticos de los ciudadanos dentro del marco constitucional que en esa materia se regula.

Al respecto, se ha afirmado por Enrique Álvarez Conde, en su artículo “Los principios del Derecho Electoral”, contenido en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, que la Ley de esa materia puede ser concebida como la norma primaria de un Estado democrático, cuyo cometido es determinar todos los actos relativos al proceso electoral, teniendo en cuenta que, por un lado cada proceso electoral afecta a una pluralidad de sujetos –Gobierno, Administración Pública, Administración Electoral, Tribunales, Partidos-, y por otro, resulta también afectada la vida política de un país. De esa cuenta, afirma, que este derecho comprende el conjunto de reglas destinadas a definir la cualidad de ciudadano, diferenciar los diversos tipos de elecciones y reglamentar el desarrollo del escrutinio.

En el desarrollo del presente dictamen se abarcarán aquéllas instituciones relacionadas con los temas centrales a modificarse, como lo son el financiamiento de los partidos políticos, la propaganda electoral y el voto en el extranjero, analizándose cada una de las reformas propuestas dentro del contexto del tema a modificar y según los alcances que corresponda a cada una de las instituciones que se abordan en el planteamiento. En consecuencia a continuación se presenta la propuesta de reforma formulada para cada uno de los artículos y luego el análisis y decisión de constitucionalidad que formula este Tribunal. Sin embargo, de manera liminar se estima conveniente señalar que la solicitud de dictamen previo a reformar la Ley Electoral y de Partidos Políticos fue recibida en esta Corte el veintisiete de abril de dos mil once y el dos de mayo del citado año se profirió el Decreto 1-2011 del Tribunal Supremo Electoral en el que se declaró: *“PRIMERO: Convocatoria. Se convoca a los ciudadanos de todos los distritos electorales de la República de Guatemala, a Elecciones Generales que comprenden: la de Presidente y Vicepresidente de la República; Diputados al Congreso de la República por los sistemas de distritos electorales y lista nacional; corporaciones municipales del país integradas por Alcaldes, Síndicos y concejales, titulares y suplentes; y a elección de Diputados al Parlamento Centroamericano, titulares y suplentes”*. Por otra parte debe tenerse presente el contenido del artículo 256 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, dentro de las Disposiciones Transitorias y Finales de la misma, el cual establece: “De las reformas de esta Ley. Cualquier reforma que se haga a la presente ley, **después de haberse convocado a un proceso electoral** y antes de que se conozca su resultado o que los electos tomen posesión de sus cargos, **no será aplicable a dicho proceso”**.”.

En consecuencia, habiéndose convocado el dos de mayo del año en curso, al proceso electoral a realizarse en el año dos mil once, cualquiera de las normas del proyecto remitido respecto de las cuales se emita dictamen favorable, de ser aprobadas por el Congreso de la República, no serán aplicables al proceso electoral dos mil once. Habiéndose realizado la acotación anterior, se inicia el análisis del proyecto remitido a efecto de emitir el dictamen según las facultades que se le reconocen a esta Corte en el artículo 164 inciso a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

III. DE LAS REFORMAS PROPUESTAS:

Señalados los aspectos anteriores, es necesario iniciar el estudio particularizado de Expediente 1523-2011 3 cada una de las reformas propuestas, en la forma como éstas fueron presentadas por el Congreso de la República de Guatemala, tanto de las contenidas en el documento original como

de las que figuran en las enmiendas por adición, según el Acuerdo 10-2011 del Congreso de la República.

A) REFORMA PROPUESTA AL ARTÍCULO 21 DE LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS:

A.1) REFORMA AL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 21 EN CUANTO AL MONTO DE FINANCIAMIENTO A PARTIDOS POLÍTICOS:

Se reforma el segundo párrafo del artículo 21 del Decreto número 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley Electoral y de Partidos Políticos, el cual queda así: *“El Estado contribuirá al financiamiento de los partidos políticos a razón del equivalente en quetzales de seis dólares de los Estados Unidos de América, por voto legalmente emitido a su favor, siempre que haya obtenido no menos del cinco por ciento (5%) del total de sufragios válidos, depositados en las elecciones generales. El cálculo se hará tomando como base la mayor cantidad de votos válidos recibidos, o para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República o en el Listado Nacional para los cargos de Diputados al Congreso de la República. Se exceptúan del requisito del cinco por ciento (5%), a los partidos que obtengan por lo menos una diputación al Congreso de la República, quienes recibirán igualmente el financiamiento. Los medios de comunicación social, escrita, radial y televisiva están exentos de presentar informe alguno ante cualquier autoridad electoral referente a publicidad de organizaciones políticas. El pago del financiamiento se efectuará dentro del período presidencial correspondiente, en cuatro cuotas anuales iguales y durante el mes de julio de cada año. En caso de coalición el financiamiento se distribuirá conforme lo determine el pacto de coalición”.*

Es necesario señalar que en los sistemas democráticos de gobierno los partidos políticos juegan un rol de suma importancia, en cuanto posibilitan un mecanismo de participación de los gobernados como parte del sistema democrático. Al respecto, puede afirmarse que en los Estados de América existe un “sistema de partidos”, entendiéndose éste como la composición estructural de la totalidad de los partidos políticos existentes. Según lo señalado por Dieter Nohlen en el texto “Sistemas electorales y partidos políticos”, -Fondo de Cultura Económica, México, mil novecientos noventa y ocho, página cuarenta y dos-, dentro de los elementos de esta estructura se aprecian los siguientes: a) número de partidos; b) tamaño; c) distancia ideológica entre ellos; d) pautas de interacción; e) relación con la sociedad y con los grupos sociales, y f) actitud frente al sistema político. Por ello en un sistema de partidos institucionalizado se advierte la actividad permanente de sus miembros y el pleno desarrollo de la potencialidad de su naturaleza y razón de ser.

La realidad guatemalteca evidencia que el funcionamiento de los partidos políticos debe afianzarse de manera que éstos posean los elementos que les permitan gozar de mayor estabilidad y puedan cumplir de mejor manera sus objetivos como instituciones partidarias. Un elemento de gran importancia en esta materia lo constituye el de contar con un sistema de financiamiento que les permita su mantenimiento y logro de objetivos y que sea obtenido de manera clara y transparente, así como susceptible de ser fiscalizado para que sus recursos se obtengan de fuentes ciertas y determinadas. Es decir, que debe existir un sistema de financiamiento político, el cual según Kevin Casas Zamora –et.al-, en el texto “Dinero, Política y Elecciones” –Cuaderno cuarenta y ocho del Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, dos mil tres, página quince-, se conforma por el conjunto de normas que regulan ese indispensable flujo de recursos económicos hacia el sistema político y desde éste último.

Éste proveerá el marco normativo dentro del cual los partidos y candidatos pueden legalmente obtener y gastar recursos económicos para sus actividades y dentro del cual las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas financian esas actividades. Respecto de ello, se mencionan tres sistemas de financiamiento, el público, el privado y el mixto. En cuanto al primero se refiere al empleo de fondos provenientes de las finanzas estatales ya sea de manera directa al transferir un monto del presupuesto (bien sea porque se asigne en forma proporcional a la fuerza electoral, en forma equitativa entre los diferentes partidos, o según las representaciones alcanzadas), o de manera indirecta mediante la concesión de ventajas o prerrogativas, aportes o subvenciones a favor de los partidos políticos u organizaciones de este tipo. Un sistema de financiamiento privado es el que proviene del patrimonio de los particulares, ya sea porque se establezcan cuotas a los afiliados políticos o se reciban donaciones de simpatizantes, y el mixto aquél que se produce al concurrir de manera simultánea en su conformación fondos públicos y privados para este tipo de organizaciones.

En el caso de Guatemala, el artículo 21 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos prevé que: “Corresponde al Tribunal Supremo Electoral el control y fiscalización de los fondos públicos y privados que reciban las organizaciones políticas para el financiamiento de sus actividades permanentes y de campaña”. Lo que refleja el sistema existente en Guatemala en el cual se conforman los recursos económicos de los partidos políticos por medio de un sistema mixto, en el que concurren aportes estatales y privados. En cuanto a los aportes públicos, éstos se presentan de las dos formas que indica la doctrina, es decir aportes directos e indirectos; pudiéndose citar en cuanto a los primeros el contenido del artículo 21 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, el cual establece que “el Estado contribuirá al financiamiento de los partidos políticos a razón del equivalente en quetzales a dos dólares de los Estados Unidos de América, por voto legalmente emitido a su favor, siempre que haya obtenido no menos del cinco por ciento del total de sufragios válidos, depositados en las elecciones generales”. En cuanto a los aportes públicos indirectos, puede consignarse la previsión contenida en el artículo 20 inciso e) de la precitada Ley la cual establece dentro de los derechos de los partidos políticos, el usar franquicia postal y telegráfica en su función fiscalizadora del proceso electoral. Por otra parte, el artículo 21 contiene las demás disposiciones que regulan los aportes privados con previsiones tales como la que establece la prohibición de recibir contribuciones de cualquier índole de los Estados y personas individuales o jurídicas extranjeras, -salvo las académicas o fundaciones para fines de formación-; lo referente a que las contribuciones a favor de candidatos a cargos de elección popular deberán canalizarse por medio de las respectivas organizaciones políticas, que en ningún caso podrán ser anónimas; la obligatoriedad de llevar un registro contable de las contribuciones que reciban, el cual deberá ser público, así como otras normas referentes a este tema. Dentro de ese contexto se promueve una modificación prevista para el segundo párrafo del artículo 21, la cual pretende variar el monto del financiamiento estatal realizado a los partidos políticos, modificándolo de dos a seis dólares de los Estados Unidos de América, en ambos casos, por voto legalmente emitido a su favor, siempre que se haya obtenido no menos del cinco por ciento del total de sufragios válidos, depositados en las elecciones generales. De ahí que se hace necesario analizar la constitucionalidad de la modificación del monto de contribución estatal hacia los partidos políticos.

A ese respecto, como se ha señalado con anterioridad, los fondos para los partidos políticos, en el caso de Guatemala deben formarse por los aportes públicos y privados, y en cuanto a los privados éstos se originan de las cuotas de sus afiliados así como de donaciones de terceros y en cuanto a los públicos de las aportaciones previstas en el segundo párrafo del artículo 21 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, como de las exenciones y otras prerrogativas legales que se establecen en el sistema tal como se citó con anterioridad. Por ello, será necesario determinar en qué porcentaje

se estimará adecuada la participación estatal, o bien, si el monto señalado no lesiona el marco constitucional.

Desde la perspectiva doctrinaria se ha estudiado lo adecuado de un elevado aporte privado o estatal y al respecto, cada uno podría presentar ventajas o desventajas, puesto que un alto porcentaje de aportes estatales podría hacer dependientes a los partidos políticos del ente estatal, alejándose de la población con la que se deben mantener en continua relación. La antítesis, es decir la ausencia de financiamiento estatal podría provocar en cambio la vinculación de los partidos a sujetos que los financien, en cuyo caso se encontraría en desventaja unos frente a otros, y luego se podría presentar la dependencia de éstos hacia los sujetos que los han apoyado económicamente. Por ello, se ha estimado la necesidad de que se combinen las fuentes de financiamiento, y se establezcan límites con relación a ellas, para que no se tornen gravosas ni lesivas unas y otras.

De esa cuenta, se presentan distintas soluciones legales y jurisprudenciales que han girado en torno a la mayor o menor amplitud en la admisibilidad de las donaciones privadas y de las subvenciones estatales, fuentes de las que provienen en altos porcentajes las finanzas de los partidos políticos. Así al revisar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, se establece que los financiamientos públicos tienen como límite, los recursos de naturaleza privada. Respecto de este tema puede señalarse: "El principio de la libertad de los partidos políticos frente al Estado se vulneraría en el caso de que el Estado provocase una situación por la cual aquéllos no tuvieran que esforzarse más que en encontrar el apoyo financiero de los ciudadanos. Los partidos políticos sólo pueden llegar a cumplir su cometido constitucional de servir de cauces para la formación de la voluntad popular si no se alejan de los ciudadanos en sus modos de organización. Si la necesidad económico-estructural que tienen los partidos políticos se saldara predominantemente mediante los recursos públicos, los partidos dejarían de ser independientes (...) los partidos políticos no pueden llegar a ser dependientes del Estado. También que los medios de financiación privada gozan, en todo caso, de preferencia sobre los públicos. Igualmente, que el Estado está limitado en su financiación a cubrir aquel espacio de necesidad financiera que precisan los partidos políticos para el cumplimiento de sus funciones, que no pueden cubrir los partidos por sus propios medios". (Véase: Santiago González-Varas Ibañez, "La financiación de los partidos políticos en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de abril de 1992" en Revista Española de Derecho Constitucional, año XII, número 36, septiembre diciembre, 1992, página 306).

Al referirse a los límites del financiamiento estatal para los partidos políticos, también con relación al caso alemán, se ha señalado que: "el primero de dichos límites es el que se ha denominado límite superior relativo, en base al cual la cuantía de la financiación pública conferida a los partidos políticos –que ha de regular el legislador encuentra su límite en los recursos de naturaleza privada que aquéllos sean capaces de recabar por sí mismos. Esta exigencia de que la financiación pública no pueda exceder de la financiación privada de los partidos políticos –aunque no tiene que suponer necesariamente una igualación de la misma según el Bundesverfassungsgericht-, (Tribunal Constitucional Federal Alemán), se deriva, de una manera coherente, de la función de los partidos como órganos de libre fundación social, sirvientes a la canalización de la voluntad política de la comunidad al resto de los órganos del Estado. Esta función de los partidos se vería en peligro cuando una excesiva financiación estatal les exonera de preocuparse por el apoyo financiero a sus actividades por parte de los ciudadanos que lo apoyan, desvinculándose así de su sustrato social y transitando hacia una dependencia estatal. Esto es lo que permite explicar, asimismo que el Tribunal Constitucional Federal haya reputado como inconstitucional el denominado impuesto base fijado por el legislador, conforme al cual se atribuye a los partidos un seis por ciento más de las

subvenciones otorgadas por el Estado en concepto de gastos de campaña, puesto que dicho importe base se confiere al margen de la raigambre social del partido”. (Véase: Benito Aláez Corral y Leonardo Álvarez Álvarez, “Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, página 371). Puntualizados los aspectos anteriores resulta interesante analizar la constitucionalidad de elevar el monto de subvenciones estatales de dos a seis dólares de los Estados Unidos de América, por voto legalmente emitido a su favor, siempre que haya obtenido no menos del cinco por ciento del total de sufragios válidos, depositados en las elecciones generales. Al respecto, es necesario señalar que el artículo 21 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos establece lo referente al financiamiento de las organizaciones políticas y campañas electorales, determinándose en su inciso e) que “El límite máximo de gastos de la campaña electoral será a razón del equivalente en quetzales de un dólar de los Estados Unidos de América, por ciudadano empadronado hasta el treinta y uno de diciembre del año anterior a las elecciones. El factor por el que haya de multiplicarse el número de empadronados, con el objeto de obtener el límite de gastos de campaña electoral, podrá ser modificado por el Tribunal Supremo Electoral en sesión conjunta con los Secretarios Generales de los partidos políticos legalmente inscritos que asistieran a la sesión que para el efecto deberá convocar el Tribunal Supremo Electoral quince días después de la convocatoria al proceso electoral”. En ese mismo artículo se establece en su segundo párrafo la contribución estatal prevista para los partidos políticos, situándose además los supuestos que deben concurrir para tal retribución. Tal contribución se prevé en dos dólares de los Estados Unidos de América por voto válido, lo que se estima adecuado, al considerar el máximo de gastos en los que podría incurrir cada partido político en su campaña electoral, el cual será de un dólar de los Estados Unidos de América por cada ciudadano empadronado.

Ahora bien, la reforma propuesta pretende incrementar la contribución a seis dólares de los Estados Unidos de América por voto válido, lo que implica que se tripliquen los pagos previstos, por lo que, si se compara con la situación actualmente regulada, se evidencia que éste representará un alto desembolso en las finanzas del Estado y, por ende, será sensible en el Presupuesto General de ingresos y egresos del mismo. Como se indicó con anterioridad, si bien el Estado contribuye al financiamiento de los partidos políticos, no puede preverse que este aporte sea la máxima fuente de ingresos, sino que se debe conformar además con los aportes privados que reciben de sus afiliados o simpatizantes manteniéndose de esta manera la responsabilidad de los partidos políticos para fortalecer su funcionamiento.

Es necesario señalar que, según lo previsto en el artículo 119 de la Constitución, son obligaciones del Estado, entre otras, mantener dentro de la política económica, una relación congruente entre el gasto público y la producción nacional. Por otra parte, el artículo 240 de la Constitución establece que “Toda ley que implique inversiones y gastos del Estado debe indicar la fuente de donde se tomarán los fondos destinados a cubrirlas”. El cumplimiento de los dos preceptos anteriores no se ve materializado en la propuesta de reforma que se introduce, los parámetros que se hayan estimado para determinar la relación entre gasto público y producción nacional, o la fuente de donde tales fondos serán tomados para cumplir con la obligación que se impone en la iniciativa de reforma propuesta.

Tales situaciones sí se consideran en otras legislaciones, pudiéndose citar a guisa de ejemplo el artículo 90 del Código Electoral, Ley número 8765 de Costa Rica, promulgado el diecinueve de agosto de dos mil nueve, en el que se regula en lo referente a la determinación del aporte estatal, estableciéndose que: “Doce meses antes de las elecciones y dentro de los límites establecidos en el artículo 96 de la Constitución Política, el TSE fijará el monto de la contribución que el Estado deberá reconocer a los partidos políticos, tomando como base de cálculo el producto interno bruto

a precios de mercado, según certificación emitida por el Banco Central de Costa Rica”. En tal previsión se toman en consideración aspectos de la realidad nacional para la determinación del factor que fijará los montos de contribución.

La propuesta de reforma relacionada, impone una erogación de parte del ente estatal incrementada en un doscientos por ciento de la existente actualmente representando un elevado gasto que implicaría lesión a los artículos constitucionales antes indicados, más si se toma en cuenta la situación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, en el cual se evidencia que los aportes hacia diferentes instituciones estatales han disminuido en lugar de incrementarse en los últimos años tomando en cuenta los factores que inciden en el alza, por lo que no resultan, las propuestas realizadas, acordes con la realidad nacional y dirigidas a cumplir con las obligaciones estatales en esta materia. Respecto de lo anotado sobre el aumento de la llamada “deuda política”, la razonabilidad de dicha disposición debería sustentarse en parámetros objetivos que revelen condiciones justificativas de la carta indirecta que los contribuyentes soportarían para el financiamiento estatal a los partidos políticos por cada voto válido obtenido en un evento electoral. Para el caso, la tasa de incremento podría tener como indicadores el crecimiento del Producto Interno Bruto, la fijación oficial de incremento en el salario mínimo, y el índice oficial de inflación, que en conjunto o por separado, fueran indicativos confiables de la proporción del incremento del pago estatal a los partidos políticos participantes en los procesos electorales mencionados, a fin de que se pueda contar con una base coherente con la capacidad económica de los habitantes del país, en condiciones semejantes a los principios de equidad y justicia contenidos en el artículo 239 de la Constitución Política de la República.

Por lo expuesto, esta Corte estima que la reforma propuesta al segundo párrafo del artículo 21 resulta inconstitucional por contravenir lo previsto en los artículos 119 y 240 de Expediente 1523-2011 8 la Constitución. En consecuencia se emite dictamen desfavorable al respecto.

A.2) REFORMA POR ADICIÓN DE UN PÁRRAFO AL ARTÍCULO 21 DE LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS Por otra parte se propone adicionar un párrafo al artículo 21, el cual quedaría así: “Los medios de comunicación social, escrita, radial y televisiva están exentos de presentar informe alguno ante cualquier autoridad electoral referente a publicidad de organizaciones políticas”.

Al respecto, es necesario señalar que en los diferentes Estados se realizan reformas en materia electoral, dirigidas a fortalecer el sistema democrático de los procesos electorales. Puede señalarse, al revisar el texto denominado “Tendencias y perspectivas de la reforma electoral en América Latina”, -Cuaderno cincuenta y cuatro del Centro de Asesoría y Promoción Electoral, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica, dos mil ocho, página quince- lo señalado por José Thompson quien puntualiza que: “...hay actores con mayor presencia política, entre ellos los medios de comunicación y la sociedad civil, cuya participación requiere ser regulada dado su actual papel en los procesos electorales...”. Es evidente la participación e importancia de los medios de comunicación en los procesos electorales, y de ello deviene lógica la necesidad de emitir preceptos que regulen su actuar dentro de tales procesos, siempre y cuando las reformas propuestas vayan orientadas a contribuir con la realización de éstos.

En el caso de la reforma propuesta, ésta confiere una exención para los medios de comunicación para que rindan informes ante las autoridades electorales, referentes a la publicidad de las organizaciones políticas. A criterio de esta Corte, tal previsión es contraria al sistema democrático cuyo fortalecimiento se pretende alcanzar con la mayoría de reformas que se realizan a los procesos electorales, y que pretenden transparentar el actuar de los sujetos que participan en

ellos. Es necesario recordar que según lo establecido en el artículo 21 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos existen reglas que deben respetarse en lo referente a las campañas electorales y gastos máximos en éstas, por lo que el Tribunal Supremo Electoral y autoridades en esta materia poseen facultades para supervisar el cumplimiento de tales parámetros, y para ello puede resultar necesario requerir informes a los medios de comunicación, y la exención de su cumplimiento provocaría una contravención a los principios que informan el sistema democrático y que fundamentan el régimen electoral reconocido en el artículo 223 Constitucional. En consecuencia, no se estima acorde al marco constitucional la reforma prevista en este apartado.

B) REFORMA PROPUESTA AL ARTÍCULO 220 DE LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS. Se reforma el artículo 220 modificado por el artículo 126 del Decreto número 10-04 del Congreso de la República el cual queda así: “Artículo 220.- Tiempos máximos de transmisión de propaganda. El Tribunal Supremo Electoral, conjuntamente con los fiscales de los partidos políticos durante las primeras dos semanas de convocado el proceso electoral deberá establecer en cada evento electoral o procedimiento consultivo, para aplicarse por igual a cada organización política o coalición participante, los tiempos máximos y horarios a contratar para propaganda electoral en los medios de comunicación social, radiales y televisivos, así como el espacio en los medios escritos. Transcurrido el plazo a que se refiere este artículo para el establecimiento de límites máximos de transmisión sin que éstos se hayan efectuado, el Tribunal Supremo Electoral los fijará de oficio y sin necesidad de su discusión con los fiscales de los partidos políticos”.

Con la reforma propuesta se pretenden eliminar el segundo y cuarto párrafo del artículo 220, los que establecen, respectivamente: “Los medios de comunicación no podrán negar a ninguna organización política la contratación de tiempos y espacios para propaganda dentro de los límites establecidos. Asimismo, deberán dar igual tratamiento a dichas organizaciones, tanto respecto al precio o tarifa, como a la importancia de la ubicación temporal o espacial de los mensajes publicitarios.” y “Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de las estaciones de radio y televisión de transmitir los mensajes del Estado relacionados con defensa del territorio nacional, seguridad interna y medidas que se decidan para la prevención o solución de tragedias que afecten a la población”.

B.1) SUPRESIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 220 DE LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS. En cuanto a la supresión del bloque relacionado, se aprecia que éste prevé una regulación de equidad en cuanto a la contratación de tiempos y espacios para la propaganda electoral, la cual contempla la obligación de los medios de comunicación de permitir a toda organización política contratar tiempos y espacios para su propaganda, en igualdad de trato, tanto en lo que respecta a tarifas como ubicación temporal o espacial, por lo que se estima que suprimir tal previsión sería contrario a la igualdad prevista en el artículo 4º constitucional, y al contenido de una serie de reformas realizadas en diferentes Estados, que van dirigidas a “la búsqueda de mayor equidad en la contienda, que también se extiende al tema de los medios de comunicación y su influencia en las campañas electorales” (Víd. Tendencias y perspectivas de la reforma electoral en América Latina, op. cit. página quince). Se estima entonces que en la actualidad se han realizado reformas en los sistemas, dirigidas a buscar una mayor equidad en la contienda, y las previsiones contenidas en el bloque que se pretende eliminar van dirigidas a ello, por lo que se estima que es lesivo al derecho de igualdad contenido en el artículo 4º constitucional.

B.2) SUPRESIÓN DEL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 220 DE LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS.

Se propone también suprimir el cuarto párrafo del artículo 220 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, en lo referente a la obligación de las estaciones de radio y televisión de transmitir mensajes del Estado, relacionados con defensa del territorio nacional, seguridad interna y medidas que se decidan para la prevención o solución de tragedias que afecten a la población. En cuanto a este aspecto no se aprecia contravención a norma constitucional alguna con omitir tal previsión en el contexto del artículo 220 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, el cual se refiere a los tiempos máximos de transmisión de propaganda electoral, toda vez que las decisiones específicas relacionadas con temas de seguridad interna se regularán en lo que dispongan las medidas de urgencia que puedan establecer tal obligación. En consecuencia, no se aprecia lesión constitucional a ese respecto.

C) REFORMA AL ARTÍCULO 221 DE LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS.

Se modifica el artículo 221, reformado por el artículo 127 del Decreto número 10- 04 del Congreso de la República, el cual queda así: “Artículo 221.- De la propaganda por medio de prensa, radio y la televisión. La propaganda electoral de los partidos políticos y comités cívicos en todos los medios de comunicación social estará sujeta a las siguientes reglas:

- a) El máximo establecido para propaganda en cada medio escrito no podrá ser menor a una página entera o su equivalente en pulgadas por edición diaria.
- b) A partir de la convocatoria, la transmisión de su propaganda política no tendrá más limitaciones que las establecidas en la ley; y
- c) El máximo establecido para propaganda en los medios de comunicación radiales y televisivos del Estado no podrá ser menor de treinta minutos semanales y en ningún caso serán acumulables”.

En la reforma propuesta se adiciona, en el primer párrafo, la frase: “de los partidos políticos y comités cívicos” al referirse a la propaganda electoral, así como la palabra “todos” al hacer mención a los medios de comunicación. En cuanto a las reglas a las que estará sujeta la propaganda electoral se agrega “su” en la literal b) precediendo a la palabra propaganda política. De lo anterior, se entiende que con ello se pretende delimitar la “propaganda electoral” como la realizada por los “partidos políticos y comités cívicos”, y que las reglas aplicables lo sean para éstos, por lo que se hace necesario determinar si la propaganda electoral deberá conceptualizarse según sea el ente o sujeto que la realiza o el contenido del mensaje que presenta, y a consecuencia de ello si deviene pertinente introducir tal precisión o mantener la previsión en su precepto anterior. Al respecto para precisar qué debe entenderse por “propaganda” resulta interesante citar acepciones doctrinarias, así como legislaciones que la definen. Para tal efecto puede iniciarse señalando lo que indica la Real Academia Española, en el Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, define en relación con aquel vocablo: “Acción o efecto de dar a conocer algo con el fin de atraer adeptos o compradores”. En las acepciones doctrinarias existe un concepto más amplio que es “campaña electoral” que abarca la propaganda electoral y el proselitismo. En cuanto a algunas legislaciones que definen estos términos, puede señalarse la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General de España, que contiene las reformas realizadas a su artículo 50, según la Ley Orgánica 2 y 3 del año 2011, y en cuyo numeral 4 prevé: “Se entiende por campaña electoral, a efectos de esta Ley, el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios. La ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios, de la República de Chile -18.700-, en su artículo 30 define la propaganda como la actividad “...dirigida a inducir a los electores a emitir su voto por candidatos determinados o a apoyar algunas de las proposiciones sometidas a plebiscito...” Por su parte el Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos, Ley 130/1994 de Colombia, artículos 23 y 24 define la

propaganda electoral como “la que realicen los partidos, los movimientos políticos y los candidatos a cargos de elección popular y las personas que los apoyen con el fin de obtener apoyo electoral”. Por otra parte puede señalarse el artículo 228 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de México, el cual prescribe que por propaganda electoral se entiende “el conjunto de escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones que durante la campaña electoral producen y difunden los partidos políticos, los candidatos registrados y sus simpatizantes, con el propósito de presentar ante la ciudadanía las candidaturas registradas”.

Lo anterior evidencia que diferentes legislaciones coinciden en estimar el contenido del mensaje que se transmite como el constitutivo de propaganda, independientemente del sujeto que la emita, pues esta podría originarse de los partidos y comités cívicos, de los candidatos o sus simpatizantes, y en todo caso ir dirigida a estimular determinadas conductas políticas, criterio que esta Corte comparte, por lo que se estima improcedente insertar las frases y palabra propuesta porque se limitaría solamente a los partidos políticos y comités cívicos atenerse a las reglas de emisión de la propaganda electoral. En consecuencia, se emite dictamen desfavorable respecto de la modificación al artículo 221 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos.

D) REFORMA AL ARTÍCULO 222 DE LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS.

Se reforma el artículo 222 modificado por el artículo 128 del Decreto número 10-04 del Congreso de la República, el cual queda así: “Artículo 222.- De la obligación de remitir tarifas. Todo medio de comunicación interesado en difundir propaganda electoral, deberá registrar sus tarifas para propaganda ante la Auditoría Electoral, dentro de la semana siguiente de efectuada la convocatoria; éstas no podrán exceder a las tarifas comerciales, las cuales deben ser el resultado del promedio de las mantenidas en los seis meses anteriores a la fecha de la convocatoria.

Es prohibida la transmisión de propaganda electoral en los medios que no tengan registradas las tarifas. La remisión de tarifas deberá realizarse por medio de declaración jurada suscrita por el propietario o representante legal del respectivo medio de comunicación social. Los partidos políticos y comités cívicos que transmitan propaganda electoral por cualquier medio de comunicación social deberán comunicar diariamente a la Auditoría Electoral las cantidades y especificaciones de los espacios de propaganda que han utilizado. En el interior de la República, dichos datos deberán presentarse a las delegaciones departamentales y subdelegaciones municipales del Registro de Ciudadanos, según el caso.

Todo lo concerniente a este capítulo, será regulado por el reglamento correspondiente”. En cuanto a las modificaciones que se introducen a esta norma se encuentran que en la primera oración del artículo se inserta la frase “interesado en difundir propaganda electoral” al referirse a los medios de comunicación que deberán registrar sus tarifas para propaganda. Así también se suprime la última frase del primer párrafo la cual prevé que de no hacerlo serán fijadas por el Tribunal Supremo Electoral. Es decir, con tal modificación se entendería que aquéllos que no realicen tales registros no poseen interés en la actividad de difundir propaganda electoral y por ende no podrían ser contratados para ello, y tampoco estarían sujetos a la fijación de tarifas por parte del Tribunal

Supremo Electoral. En cuanto a este contenido no se aprecia contravención a la Constitución.

Por otra parte, en el penúltimo bloque del artículo precitado se traslada la obligación de informar diariamente a la Auditoría Electoral, por parte de los medios de comunicación a los partidos políticos y comités cívicos, para quienes en la nueva regulación, quedaría prevista tal obligación, sin embargo, según la consideración antes formulada de que la propaganda no proviene únicamente de los partidos y comités cívicos, sino que también puede ser realizada por los candidatos, y sus simpatizantes, el informe de la propaganda se realiza de manera más completa si quien comunica es cada uno de los medios de difusión, ya sea que tal propaganda haya sido contratada por los partidos, comités cívicos, los propios candidatos o sus simpatizantes, pues tales medios poseerán el control de la totalidad de propaganda. De esa cuenta, se estima que otorga

mayor certeza jurídica el informe de la manera como se encuentra actualmente regulado, por lo que el dictamen de este Tribunal es desfavorable en cuanto a modificar tal previsión.

Se considera además una modificación al último párrafo del citado artículo en el sentido que se sustituye la frase: “Todo lo relativo al control, autorización de tarifas y lo concerniente a este capítulo, será regulado por el reglamento correspondiente” por lo siguiente: “Todo lo concerniente a este capítulo será regulado por el reglamento correspondiente”. Con relación a tal variación no se aprecia lesión de inconstitucionalidad, por lo que se emitirá dictamen favorable.

En síntesis, en cuanto al contenido de las reformas propuestas para el artículo 222 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, se considera favorable la modificación propuesta al primer y último párrafo; sin embargo, en cuanto a la propuesta para el penúltimo párrafo se deberá dictaminar de manera desfavorable.

E) REFORMA AL ARTÍCULO 223 DE LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS.

Se adiciona el artículo 223 Bis, a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto Número 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente y sus Reformas, el cual queda así: “Artículo 223. Bis. Facultad de los Partidos Políticos. No constituye propaganda electoral, la publicidad que contraten los Partidos Políticos y las organizaciones establecidas para constituir Partido Político, con fines concretos y específicos que tiendan a promover la afiliación o incremento de afiliados a dichas entidades, siempre y cuando el anuncio se limite a la exhortativa, invitación o convocatoria y simple y llanamente se identifique el símbolo del Partido u Organización relacionada, sin individualizar o presentar signos de identidad de sus líderes ni de ninguna persona en particular, puesto que ello sí constituye propaganda electoral en período no electoral y queda sujeto a las sanciones correspondientes”.

Respecto de la propuesta de reforma relacionada con la especificación de los actos que no constituyen propaganda electoral, se estima adecuada una precisión de éstos a efecto de determinar qué actos encuadran dentro de la definición de aquélla y cuáles podrían tener un carácter distinto.

En algunas legislaciones se ha realizado la distinción entre la propaganda y las actividades tendentes a dar a conocer la ideología de una organización política, lo que se refiere a diferentes situaciones. Al respecto puede señalarse que en Colombia, los artículos 23 y 24 de la Ley 130/1994, Estatuto Básico de los Partidos y Movimientos Políticos contemplan tal distinción y al respecto se señala: “Entiéndase por divulgación política la que con carácter institucional realicen los partidos, movimientos, con el fin de difundir y promover los principios, programas y realizaciones de los partidos y movimientos, así como sus políticas frente a los diversos asuntos de interés nacional. Mediante este tipo de publicidad no se podrá buscar apoyo electoral para los partidos o movimientos. La divulgación así definida podrá realizarse en cualquier tiempo. Entiéndase por propaganda electoral la que realicen los partidos, los movimientos políticos y los candidatos a cargos de elección popular y las personas que los apoyen, con fin de obtener apoyo electoral”.

Por su parte, al revisar la jurisprudencia de esta Corte con relación al tema puede apreciarse que se ha realizado la referida distinción entre divulgación y propaganda, siendo aquélla la que se refiere a la difusión de la ideología de la organización partidaria, su estructura, liderazgo y fines, y otra es la campaña para un proceso electoral. Al respecto ha considerado: “si un comité pro formación de un partido político realiza algunas actividades lícitas de promoción de su ideología, de sus fines y organización estatutaria e, incluso, si lo hace por cualquier medio lícito y por cualquier vocero o representativo, se estará ante el mero ejercicio de derechos ciudadanos propios del régimen democrático, tales los de asociación, expresión de opiniones, manifestación y divulgación, con el objetivo de constituir canales de organización política o cívica de sectores de la ciudadanía, que encajan en los presupuestos normativos de los artículos 34 y 223 de la Constitución Política de la República (...) le correspondería a la autoridad electoral calificar los casos, puesto que como se ha expresado anteriormente, hay actividades que se le reconocen a los partidos políticos que son

compatibles también para los comités pro constitución, dado que, por su naturaleza y sus fines, tienden ambos a la promoción política, entre esta la propaganda y la divulgación, que se ocupe de su ideología, su estructura y su liderazgo para los fines indicados, distintos de la propaganda eleccionaria que se enmarca en periodos determinados por la misma ley”. (Sentencia de esta Corte de veinticinco de agosto de dos mil diez dictada dentro del expediente un mil seiscientos noventa y dos – dos mil diez. Criterio reiterado en sentencia de diecisiete de febrero de dos mil once proferida dentro de los expedientes acumulados un mil ciento diecinueve y un mil doscientos setenta y tres – dos mil diez). Esta Corte comparte la tesis antes expuesta con relación a los actos que constituyen propaganda y aquéllos que no lo son, según lo antes expresado y en consonancia con ello se estima adecuada la precisión respecto de qué actos no constituyen propaganda electoral, y podrían ser estimados como de divulgación política, razón por la que se dictamina en forma favorable respecto de la adición de un artículo 223 bis.

F) REFORMAS AL ARTÍCULO 231 DE LA LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS.

Se adiciona el artículo 231 bis al Decreto Número 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley Electoral y de Partidos Políticos, el cual queda así: “Artículo 231 bis. Sufragio de guatemaltecos en el exterior. Los guatemaltecos electores residentes en el exterior solo ejercerán el sufragio para elegir Presidente y Vicepresidente de la República en las elecciones generales respectivas, éstas se realizarán el mismo día en que se practiquen en Guatemala, sujeto a las posibilidades del Tribunal Supremo Electoral. La presente disposición legislativa deberá reglamentarse para optimizar el procedimiento apropiado en coordinación con el Tribunal. El Tribunal Supremo Electoral establecerá los centros de votación donde considere viable. El Ministerio de Relaciones Exteriores prestará la colaboración que se requiera para el cumplimiento eficaz de la presente disposición”.

Con relación a la adición pretendida en ella se aprecia la intención de que en la legislación guatemalteca se incluya el voto de los nacionales en el extranjero, tendencia que en los últimos años se ha extendido a diferentes países de todos los continentes, toda vez que por medio de esta práctica se permite mantener un vínculo entre los nacionales de un Estado y éste.

La propuesta de reforma por adición pretende que la legislación guatemalteca contemple la figura del voto en el extranjero, y para determinar la viabilidad de tal propuesta es imperativo analizar la figura que se pretende crear. Para ello es necesario determinar lo que se entiende por voto en el extranjero, lo que según el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es “el ejercicio del sufragio fuera de las fronteras nacionales, por parte de ciudadanos de un país donde se realiza una elección, cuando el ordenamiento jurídico les reconoce dicho derecho al sufragio y los autoriza para ejercerlo de esta manera”.

Dentro de las tendencias de reforma de las leyes electorales, se ha demostrado la ampliación del reconocimiento del voto en el extranjero en diversos Estados, lo que ha venido incrementándose en los últimos años. Al respecto, se señala en un estudio realizado por International Institute for Democracy and Electoral Assistance y el Instituto Federal Electoral de México, denominado “Voto en el extranjero” –México, dos mil ocho, páginas dos y tres-, lo afirmado por Nadja Braun y María Gratschew, quienes señalan que en el año dos mil se contabilizaron ciento setenta y cinco millones de migrantes internacionales en el mundo, es decir, que una de cada treinta y cinco personas era migrante internacional, cifra que representa un incremento de más del doble respecto a los setenta y seis millones que existían en mil novecientos sesenta, y se estima que para dos mil cinco, el total de migrantes en el mundo alcanzó los ciento noventa millones. Al establecerse la cantidad de migrantes que existen en el mundo resulta lógico considerar que se hayan introducido modificaciones a la legislación en aras de reconocérseles derechos derivados de su nacionalidad y con relación a su país de origen. Se presenta en tal documento el análisis de la situación de doscientos catorce Estados y territorios entre los que están comprendidos todos los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, y tal investigación revela que ciento once Estados y territorios cuentan con disposiciones expresas que permiten el voto desde el extranjero y tienen experiencia en su aplicación –tal recuento refleja datos computados hasta abril de dos mil

ocho-, además existen cinco países en los que se han adoptado disposiciones legales en esta materia pero por distintas razones, no han sido aplicadas.

Los datos anteriores confirman la creciente regulación del “voto de los nacionales en el extranjero” pero es necesario puntualizar que el reconocimiento de este tipo de sufragio trae aparejado el estudio de una serie de elementos para que se pueda implementar de manera efectiva.

Dentro de los aspectos a considerar para posibilitar la existencia de tal mecanismo de participación, se encuentran datos jurídicos, institucionales y técnicos. En primer término está la necesidad de introducir una reforma a nivel legal o constitucional, según se permita la ampliación del sufragio por vía de la modificación de normas de rango infraconstitucional, o de existir limitaciones en la Ley suprema, por vía de su reforma. Dentro de las modificaciones legales deben incluirse una serie de previsiones tales como la determinación del tipo de elecciones en las que será permitido el voto en el extranjero; determinación de los electores y forma de registro de éstos; la mecánica para el ejercicio del voto; ámbito geográfico de aplicación -pues podría preverse para todos los países del mundo donde haya nacionales, o para aquéllos que reúnan condiciones determinadas-; procedimientos que posibiliten garantizar la certeza del voto y del padrón electoral que se conformará por los electores nacionales ubicados geográficamente dentro de las fronteras del Estado de que se trate, así como aquéllos que estén fuera de ellas, y que encuadren en las condiciones para poder ejercer el voto. Además de ello deben regularse una serie de condiciones institucionales, tales como la determinación de las instalaciones en la que se llevarán a cabo las votaciones fuera de la República, lo que frecuentemente se ha situado en las sedes diplomáticas y consulares, para lo cual es preciso contar con el apoyo del Ministerio respectivo.

Adicionalmente, habrá de tomarse en cuenta la forma en que se supervisará el ejercicio del derecho del voto en tales lugares y cómo se harán llegar tales sufragios al país respectivo.

En cuanto a aspectos técnicos deberá determinarse cómo se conformarán las juntas receptoras de votos, el conocimiento que deben poseer para verificar con certeza el documento que presenten quienes comparezcan a ejercer su voto, así como las normas necesarias para el manejo de las boletas oficiales para la votación, el escrutinio y transmisión de resultados.

Un aspecto de suma importancia definitivamente lo constituye la certeza del padrón electoral que debe manejar el órgano máximo encargado de las elecciones de manera que la permisión del voto en el extranjero no pueda posibilitar un doble o múltiple voto. Esa cuestión de certeza es de suma importancia y deberán establecerse mecanismos que posibiliten la integración al padrón oficial que maneja el Tribunal Electoral con los datos registrados en el extranjero, de manera que tal órgano pueda definir certeramente la totalidad de electores sin que se presente duplicidad de datos entre el padrón elaborado en el interior del país y los datos obtenidos fuera de las fronteras.

De lo anteriormente expuesto se establece que el primer aspecto para poder contemplar la posibilidad del voto en el extranjero es la existencia de legislación que lo reconozca. Respecto de la legislación las normas legales establecerán los parámetros generales y a nivel reglamentario habrá de desarrollarse el resto de aspectos. Con relación a la propuesta formulada, al cotejarla frente al texto constitucional no se encuentra limitación para establecer el “voto en el extranjero” por lo que es viable su reconocimiento en el marco legal, de manera que pueda ejercerse el sufragio fuera de las fronteras de Guatemala. Sin embargo, es necesario señalar expresamente que la norma legal que lo reconozca deberá contener aquellos elementos que definan claramente cuando menos los aspectos básicos para posibilitar el voto en el extranjero con certeza y seguridad jurídica, aun cuando el resto de aspectos deban ser desarrollados por vía reglamentaria por el Tribunal Supremo Electoral. En la norma legal habrá de consignarse cuando menos quiénes poseen tal derecho, en qué tipo de elecciones podrá ejercerse, procedimiento para el registro de los ciudadanos que voten fuera de las fronteras del Estado y la integración de tales datos al padrón nacional y la forma de ejercer el voto. Con relación a quiénes poseen tal derecho se consigna en la propuesta de reforma que éste se confiere a “Los guatemaltecos electores residentes en el exterior”; sin embargo, al revisar el contenido del artículo 136 de la Constitución se establece la conceptualización como un derecho político, el de elegir y ser electo, conferido a los “ciudadanos”

por lo que se estima que esa primera frase debería contener además del texto citado la inclusión del calificativo de “ciudadanos” para su conformidad con el texto constitucional.

En cuanto al tipo de elección para el que se pretende el sufragio, en el proyecto se establece que será para elegir Presidente y Vicepresidente de la República en las elecciones generales respectivas. Con relación a ello, los diferentes sistemas han reconocido la posibilidad de que el ejercicio de tal derecho se ejerza en las elecciones generales presidenciales, legislativas, consultas nacionales o elecciones regionales. La propuesta realizada al contemplar elecciones generales se estima adecuada, pues permitiría a los nacionales residentes en el extranjero participar en la designación de las más altas autoridades del poder ejecutivo. Por considerarse que la implementación del voto en el extranjero es un proceso gradual, que puede ir ampliándose progresivamente, según las posibilidades y recursos de un Estado y el grado de participación de sus nacionales, este tipo de voto podrá extenderse a otras elecciones según se incremente su conocimiento y utilización realizándose las modificaciones legales necesarias, con posterioridad.

En cuanto a los lugares de votaciones éstos podrán establecerse en las sedes diplomáticas o consulares con el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo que se estima adecuada la previsión a ese respecto en la propuesta de norma realizada. Ahora bien, en cuanto a los requisitos que deben reunirse para poder ejercer el sufragio debería cumplirse con los mismos que para ejercerlo en el territorio nacional, encontrándose sujetos a los límites que aplican dentro de las fronteras del Estado de Guatemala, debiéndose registrar como votantes previamente a las elecciones, procedimiento para lo cual se podrá acudir a las sedes diplomáticas o consulares que se señalen para ese efecto por el Tribunal Supremo Electoral y en los períodos que éste fije.

Deberá ser a este órgano al que se trasladarán las peticiones y quien resolverá en definitiva al respecto, verificando en ese momento que no se produzca una duplicidad entre el padrón de votantes extranjeros y en el padrón nacional. En consonancia con lo anteriormente analizado se estima pertinente sugerir la inclusión de un apartado que establezca aspectos como lineamientos generales en la norma que se pretende adicionar, que podría contener lo siguiente: “Los ciudadanos que deseen emitir su voto en el extranjero deberán cumplir los mismos requisitos legales que quienes lo emitan en el territorio nacional y estarán sujetos a las mismas limitaciones.

Para ello deberán realizar su solicitud de registro de su domicilio actual acudiendo a la sede diplomática o consular del Estado donde residan, así como la petición de poder votar fuera del territorio nacional, quien lo trasladará al Tribunal Supremo Electoral para su aprobación. Al momento de quedar registrado en el nuevo domicilio se eliminará del registro anterior, donde se hallare inscrito. El referido ente verificará que no se produzca duplicidad de registro con el padrón nacional. El voto se ejercerá de manera personal en los lugares que se fijen por el Tribunal Supremo Electoral quien notificará oportunamente los lugares que para el efecto se constituyan. Lo no previsto para el ejercicio del voto en el extranjero será desarrollado por vía reglamentaria por el Tribunal Supremo Electoral”.

Con la adición sugerida por este Tribunal se estima que se introducen elementos adicionales que pueden contribuir con la seguridad y certeza del proceso electoral, por lo que se emitirá dictamen favorable con la adición sugerida. Finalmente, se hace necesario considerar que la implementación del voto en el extranjero conlleva una serie de actividades y modificaciones tales como la emisión reglamentaria de aquellos aspectos que no se encuentran establecidos en la norma legal que lo posibilita, por lo que, el Tribunal Supremo Electoral deberá adoptar las medidas que estime necesarias a efecto que se pueda iniciar con el ejercicio de tal derecho, teniendo en consideración las posibilidades institucionales, técnicas, jurídicas y presupuestarias con las que cuente, reglamentando la forma de su implementación.

CITA DE LEYES

Artículos citados y 175, 223, 268, 272 inciso i) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 149, 163 inciso i) y 164 inciso a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

DICTAMEN:

La Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas, respecto de la iniciativa de reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, remitida por el Congreso de la República y aprobada por ese Organismo mediante Acuerdo Legislativo 10- 2011, de veintiséis de abril de dos mil once, **DICTAMINA: I) FAVORABLEMENTE** respecto de la supresión del cuarto párrafo del artículo 220; de la modificación al primer párrafo del artículo 222, así como del último párrafo del citado artículo; de la adición del artículo 223 bis, y de la adición del artículo 231 bis, el cual podría complementarse con un texto como el que a continuación se sugiere: “Los ciudadanos que deseen emitir su voto en el extranjero deberán cumplir los mismos requisitos legales que quienes lo emitan en el territorio nacional y estarán sujetos a las mismas limitaciones. Para ello deberán realizar su solicitud de registro de su domicilio actual acudiendo a la sede diplomática o consular del Estado donde residan, así como la petición de poder votar fuera del territorio nacional, quien lo trasladará al Tribunal Supremo Electoral para su aprobación. Al momento de quedar registrado en el nuevo domicilio se eliminará del registro anterior, donde se hallare inscrito. El referido ente verificará que no se produzca duplicidad de registro con el padrón nacional. El voto se ejercerá de manera personal en los lugares que se fijen por el Tribunal Supremo Electoral quien notificará oportunamente de los lugares que para el efecto se constituyan. Lo no previsto para el ejercicio del voto en el extranjero será desarrollado por vía reglamentaria por el Tribunal Supremo Electoral”. Todas las normas anteriormente citadas pertenecen a la Ley Electoral y de Partidos Políticos. **II) DESFAVORABLEMENTE** con relación a las modificaciones propuestas al artículo 21; de la supresión del párrafo segundo del artículo 220; de la reforma propuesta al artículo 221, y la modificación al penúltimo párrafo del artículo 222, todos de la Ley Electoral y de Partidos Políticos. **III) Remítase certificación del presente dictamen al Congreso de la República para que se continúe con el procedimiento legal.**

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE
PRESIDENTE

MAURO RODERICO CHACÓN CORADO
MAGISTRADO

HÉCTOR HUGO PÉREZ AGUILERA
MAGISTRADO

ROBERTO MOLINA BARRETO
MAGISTRADO

GLORIA PATRICIA PORRAS ESCOBAR
MAGISTRADA

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ
SECRETARIO GENERAL

GUATEMALA- Sentencia 4

AMPARO EN ÚNICA INSTANCIA

EXPEDIENTE 548-2010

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, EN CALIDAD DE TRIBUNAL EXTRAORDINARIO DE AMPARO: Guatemala, veinticinco de agosto de dos mil diez. Se tiene a la vista para dictar sentencia, la acción constitucional de amparo en única instancia promovida por Julio Roberto Alpírez contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. El postulante actuó bajo el patrocinio del abogado Ricardo Prado Ayau.

ANTECEDENTES

I. EL AMPARO

A) Interposición y autoridad: presentado el diecisiete de febrero de dos mil diez, en esta Corte.
B) Acto reclamado: auto de once de diciembre de dos mil nueve, dictado por la autoridad impugnada, que declaró la autoejecutividad de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de veinticinco de noviembre de dos mil, proferida en el caso denominado "Bámaca Velásquez Versus Estado de Guatemala" y como consecuencia anuló el auto de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, emitido por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu, en el cual se decretó el sobreseimiento de la persecución penal a favor de los imputados: Julio Alberto Soto Bilbao, Ulises Noé Anzueto Girón, Salvador Eduardo Rubio Parra, Rolando Edelberto Barahona, Margarito Sarceño Medrano, Edwin Manuel Lemus Velásquez, Héctor René Pérez Solares, Oscar Eduardo Aragón Cifuentes, Simeón Cum Chuta, Mario Ernesto Sosa Orellana y Julio Roberto Alpírez por los delitos de Detención Ilegal, Homicidio, Asesinato, Lesiones Graves, Lesiones Gravísimas, Lesiones Leves, Coacción, Amenazas, Delito contra los Deberes de Humanidad, Abuso de Autoridad y Abuso contra Particulares; así también, las actuaciones judiciales acaecidas dentro del proceso penal identificado con el número C- seiscientos tres - noventa y seis (C-603-96), a cargo del referido Juzgado. **C) Violaciones que se denuncian:** al derecho de defensa, así como a los principios jurídicos del debido proceso, imperatividad, igualdad y fundamentación. **D) Hechos que motivan el amparo:** de lo expuesto por el postulante y del estudio de los antecedentes se resume: **D.1) Producción del acto reclamado:** a) en el año mil novecientos noventa y seis, el interponente de esta acción fue ligado a proceso penal por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Retalhuleu, dentro del proceso C – seiscientos tres – noventa y seis, por los delitos de Detención Ilegal, Homicidio, Asesinato, Lesiones Graves, Lesiones Gravísimas, Lesiones Leves, Coacción, Amenazas, Delito contra los Deberes de Humanidad, Abuso de Autoridad y Abuso contra Particulares, siendo el agraviado Efraín Ciriaco Bámaca Velásquez; en el diligenciamiento de dicho proceso, el Ministerio Público solicitó la clausura provisional y posteriormente el sobreseimiento, el cual se decretó, emitiendo el

órgano jurisdiccional correspondiente el auto de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, causando firmeza, ya que ninguna de las partes lo objetó así como tampoco lo apeló; b) el diez de diciembre de dos mil nueve, el Ministerio Público, por medio de la Unidad de Casos Especiales, Violaciones a Derechos Humanos y Esclarecimiento Histórico de la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos, compareció a solicitar ante la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso denominado *Bámaca Velásquez Versus Estado de Guatemala*, en la cual se condenó a este último, habiendo declarado: "Por tanto, LA CORTE, por unanimidad, 1. Declara que el Estado violó, en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, el derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por unanimidad, 2. Declara que el Estado violó, en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, así como de Jennifer Harbury, José de León Bámaca Hernández, Egidia Gebia Bámaca Velásquez y Josefina Bámaca Velásquez, el derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Por unanimidad, 3. Declara que el Estado violó, en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por unanimidad, 4. Declara que el Estado no violó, en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, el derecho al reconocimiento a la personalidad jurídica consagrado en el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por unanimidad, 5. Declara que el Estado violó, en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, así como de Jennifer Harbury, José de León Bámaca Hernández, Egidia Gebia Bámaca Velásquez y Josefina Bámaca Velásquez, el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por unanimidad. 6. Declara que el Estado incumplió las obligaciones generales de los artículos 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con los derechos sustantivos señalados en los puntos resolutive anteriores de la presente sentencia. Por unanimidad. 7. Declara que el Estado, incumplió en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, la obligación de prevenir y sancionar la tortura en los términos de los artículos 1, 2, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Por unanimidad. 8. Decide que el Estado debe ordenar una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de la investigación y sancionar a los responsables. Por unanimidad. (el resaltado es propio) 9. Decide que el Estado, debe reparar los daños causados por las violaciones señaladas en los puntos resolutive 1 al 7, a cuyo efecto comisiona a su presidente para que oportunamente, disponga la apertura de la etapa de reparaciones..."; requiriendo dentro de otros, el ente fiscal, que se ejecutará la precitada sentencia y que al resolver la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal anulara el auto de sobreseimiento de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, dictado por el Juez de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Retalhuleu, ordenándose la reanudación de la persecución penal en contra de los responsables de la desaparición forzada de Efraín Ciríaco Bámaca Velásquez y como lo decretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aceptara la intervención de Jennifer Kristina Harbury, en calidad de querellante adhesivo, dentro del proceso C — seiscientos tres — noventa y seis; además el Ministerio Público a título propio, analizó el sobreseimiento dictado en el proceso seiscientos tres — noventa y seis, indicando que en el acto conclusivo que otorgó el juez contralor existió violación al debido proceso y al principio de imperatividad, ya que se incumplió con lo establecido en el artículo 345 Bis del Código Procesal Penal, en cuanto a convocar a las partes a una audiencia oral para discutir la solicitud planteada por el Ministerio Público, de conformidad con el principio de contradicción y al resolver el sobreseimiento, en auto de ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, lo hace sin contener una clara y precisa fundamentación de la decisión, constituyendo tal ausencia un defecto absoluto de forma, existiendo cosa juzgada

fraudulenta o aparente, la cual se produce cuando en una fallo se han irrespetado de manera evidente las reglas del debido proceso, aduciendo los encargados de administrar justicia, no obraron con independencia o imparcialidad; c) la Corte Interamericana de Derechos Humanos refirió el Ministerio Público, ha indicado que "si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos y más aún, de los responsables de crímenes de esa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe una sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del ne bis in ídem, solicitando se resuelva favorablemente lo requerido; d) como consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, -autoridad impugnada- dictó el auto de once de diciembre de dos mil nueve, en el cual declaró la autoejecutividad de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha veinticinco de noviembre de dos mil y como efecto la anulación del auto de ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve (que contenía el sobreseimiento) y las actuaciones judiciales dentro del proceso seiscientos tres guión noventa y seis, a cargo del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu, ordenando a este último, que requiriera al Archivo General de Tribunales o a cualquier otra dependencia, el expediente mencionado, diera intervención al Ministerio Público dentro del proceso anteriormente identificado, con el objeto de realizar todas las investigaciones e impulsar la persecución y procesamiento penal que permitan determinar en forma efectiva, a las personas responsables de las violaciones a los derechos humanos a que se refieren los numerales uno, dos, tres, cinco, seis y siete del numeral romano XX del apartado denominado "por tanto" de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en su caso la sanción de los responsables por el órgano jurisdiccional competente; señaló además en dicha resolución, la Corte Suprema de Justicia, que la República de Guatemala no puede oponer su derecho interno ni alegar ausencia de procedimientos o normativa para el cumplimiento de la sentencia internacional, ya que el acto de ejecución de la misma tiene el efecto de acto extraordinario del procedimiento común y decidió remitir directamente el expediente, al Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu; **D.2) Agravios que se reprochan al acto reclamado:** estima el postulante, que la resolución impugnada le causa agravio en menoscabo de los derechos y principios enunciados, puesto que la autoridad impugnada sin observar el debido proceso, está arribando a una decisión que utiliza procedimientos no preestablecidos legalmente, variando las formas del proceso, ya que se ha ordenado la reapertura de un proceso sobreseído, mediante la anulación del auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu, de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve y las actuaciones judiciales dictadas dentro del referido proceso, anulación que se encuentra expresamente prohibida por el artículo 330 del Código Procesal Penal, el cual establece que el sobreseimiento cierra irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta, inhibe su nueva persecución penal por el mismo hecho y hace cesar todas las medidas de coerción motivada por el mismo; la autoridad impugnada se extralimita al ordenar la reapertura que no le fue ordenada y que no está contenida en la sentencia de fondo emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de veinticinco de noviembre de dos mil, reabriendo un proceso que careció de nuevos elementos de prueba y actividad procesal lo que motivó su sobreseimiento; la mencionada resolución lo deja en total estado de indefensión respecto de la protección de sus derechos procesales y de defensa, toda vez que la sentencia que emana de una Corte que nació a raíz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual al ser ratificada por el Congreso de la República de Guatemala, hace su ingreso a la legislación nacional solamente como ley ordinaria, al mismo nivel que el Código Procesal Penal, pero nunca puede considerarse superior a la Constitución Política de la República de Guatemala, de tal forma que dicho fallo no se puede

oponer a preceptos legales vigentes, lo cual a su juicio, resulta arbitrario y vulnera los artículos 3, 17, 18, 20, 21 y 345 Quarter del Código Procesal Penal; además de ello argumenta que se quebrantó el principio de fundamentación, pues la ley adjetiva penal no contiene un precepto denominado "acto extraordinario del procedimiento común" así como tampoco el de "autoejecutividad", ni mucho menos que posea los alcances que se le pretende otorgar a dicho término al ordenar reabrir un proceso sobreseído y anular todas las actuaciones del mismo. D.3)

Pretensión: solicitó que se le otorgue amparo y se deje en suspenso el acto reclamado, el cual obra dentro del expediente identificado como solicitud de ejecución de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número MP cero cero uno diagonal dos mil nueve diagonal diez mil ciento setenta (MP001/2009/10170). **E) Uso de recursos:** ninguno. **F) Casos de procedencia:** invocó los contenidos en el artículo 8, inciso a) del artículo 10 y 11 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **G) Leyes que considera violadas:** citó los artículos 12, 175, 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala; 3, 11 Bis, 17, 20, 21, 330, 345 Quarter del Código Procesal Penal y 16 de la Ley del Organismo Judicial.

II. TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: no se otorgó. **B) Terceros interesados:** no hubo. **C) Remisión de antecedentes:** no se remitieron. **D) Informe circunstanciado:** La autoridad impugnada informó: mediante auto de once de diciembre de dos mil nueve, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró la autoejecutividad de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de veinticinco de noviembre de dos mil dos, en el caso denominado "Bámaca Velásquez versus Estado de Guatemala". La emisión de la resolución relacionada tuvo sustento en lo siguiente: a) Que el Estado de Guatemala, como miembro de la comunidad internacional, reconoce la jurisdicción de los tribunales internacionales, entre ellos, la Corte Internacional de Justicia de la Haya y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los principios imperativos de pacta sum servanda y bona fide, así como los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratados y principios que obligan a dar fiel cumplimiento a las disposiciones emanadas de los tribunales internacionales en materia de Derechos Humanos; b) en el caso "Bámaca Velásquez versus el Estado de Guatemala", el tribunal internacional declaró que la sentencia emitida es violatoria de principios jurídicos universales de justicia, reconocidos por la civilización y que se encuentran consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que el Estado de Guatemala, bajo pretexto de norma interna no puede obstruir o impedir lo mandado por el tribunal supra nacional en materia de derechos humanos, sobre todo porque éste se funda en el incumplimiento de una investigación objetiva capaz de probar los hechos y deducir las responsabilidades penales que de ellos se derivan; c) es obligado ejecutar la nulidad de la resolución nacional referida, iniciar un nuevo procesamiento y ofrecer en el mismo el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. Habiéndose pronunciado en ese sentido, sustentándose en el principio pro hominis y en la salvaguarda del honor y la responsabilidad del Estado de Guatemala frente a la comunidad internacional. d) En el fallo de mérito se estimó que la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu, de ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve y todo lo actuado dentro del proceso seiscientos tres – noventa y seis, fue declarado contrario a los derechos y principios esenciales de juzgamiento de conformidad con los argumentos sustentados en el pronunciamiento de fondo vertido por el Tribunal Internacional, lo que propicio solicitudes de cumplimiento de ejecución de dicho fallo por parte del Ministerio Público, en atención al carácter autoejecutable de los pronunciamientos emitidos por la

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consecuentemente, se estimó necesario que al haber sido declarada la nulidad de la resolución nacional a que se hizo referencia, se ordenó un nuevo procesamiento para que este ofrezca, el irrestricto cumplimiento de los fines del proceso penal de averiguación de los hechos y la sanción de las personas que resulten responsables de estos; e) se agrega además por la autoridad impugnada, que Guatemala es Estado parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y ocho, aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el ocho de marzo de mil novecientos ochenta y siete y ratificó la Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura el veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y siete, esto implica que el referido Tribunal, se encontraba plenamente habilitado para emitir la sentencia condenatoria en referencia en contra del Estado de Guatemala y que este último no puede ser omiso respecto de sus obligaciones internacionales; f) su actitud refiere la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, se sostiene en la inaplicabilidad de principios que en casos ordinarios serían esenciales para el juzgamiento, pero que en el presente no pueden ser advertidos, haciendo alusión a las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Masacre de las Dos Erres versus Estado de Guatemala, Ticona Estrada versus Bolivia, Barrios Altos versus Perú. **E) Prueba: Documental:** se tuvo como prueba: 1) resolución proferida por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal de fecha once de diciembre de dos mil nueve, dentro de la causa identificada como solicitud de ejecución de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, número MP cero cero uno diagonal dos mil nueve diagonal diez mil ciento setenta (MP001/2009/10170) en la que aparece como solicitante el Ministerio Público, Fiscalía de Sección, Unidad de Casos Especiales y Violación a Derechos Humanos; 2) escrito presentado por el Ministerio Público a través de su Agente Fiscal Manuel Geovanni Vásquez Vicente, de diez de diciembre de dos mil nueve, identificado como MP cero cero uno diagonal dos mil nueve diagonal diez mil ciento setenta (MP001/2009/10170), que contiene solicitud de ejecución de la sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de veinticinco de noviembre de dos mil, en el caso Bámaca Velásquez versus Estado de Guatemala; 3) sentencia de Fondo de veinticinco de de noviembre de dos mil, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Bámaca Velásquez versus Estado de Guatemala; 4) Constancia extendida por el Secretario del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu, en donde se hace constar que con fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, dentro del proceso seiscientos tres — noventa y seis, a cargo del oficial segundo, fue dictado sobreseimiento a favor del interponente Julio Roberto Alpírez.

III. ALEGACIONES DE LAS PARTES

A) El postulante reiteró los argumentos expuestos en el escrito de interposición de amparo, agregando además los siguientes extremos: a) el acto reclamado que se impugnada por medio del presente amparo tuvo sus orígenes en la sentencia de fondo, de veinticinco de noviembre de dos mil, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso denominado "Bámaca Velásquez versus Estado de Guatemala", en esa sentencia la Corte decide por unanimidad en su punto resolutivo número ocho, que el Estado debe ordenar una investigación; c) En cumplimiento con los anteriormente expuesto el artículo número 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regula que los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte, si la decisión de la Corte fue ordenar una investigación y el Estado de Guatemala desea darle fiel cumplimiento a tal decisión, eso es exactamente lo que debe hacer, para no contrariar el mandato constitucional guatemalteco contenido en el artículo 211 en el que se prohíbe a todo tribunal o autoridad conocer de procesos

fenecidos, como ocurre en el presente caso, en donde se mandó anular un auto de sobreseimiento que tiene once años de estar firme y todas las actuaciones, para reanudar una persecución penal a todas luces inconstitucional; esa nueva investigación que ordena la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe mantener armonía y congruencia con los artículos 17 y 18 Código Procesal Penal, en donde se regula en forma muy clara, que nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho y que un proceso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, excepto en caso de revisión conforme a lo previsto en dicho Código, que en todo caso es aplicable cuando favorece al sindicado; para no vulnerar aquellos preceptos, al ordenarse una investigación, ésta debe iniciarse a partir de un nuevo punto de origen y no partir de la anulación de un auto de sobreseimiento firme contenido dentro de un caso fenecido, puesto que de la misma forma, este tipo de reanudación contrariaría el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en donde se regula que el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos, que es congruente con el principio de cosa juzgada; d) el acto reclamado que se impugna por medio del presente amparo, es una resolución que se encuentra fuera del debido proceso, es arbitraria e ilegal, conculca sus derechos humanos refiere el interponente, denominado sin fundamento de derecho como "acto extraordinario del procedimiento común", se utiliza para simular un debido proceso en cuanto a la anulación de un auto que declara el sobreseimiento ya que dentro del procedimiento penal guatemalteco no existe la figura antes indicada, por lo que su invocación, improvisación y utilización es notoriamente ilegal, toda vez que es inexistente en la leyes guatemaltecas; e) el artículo 2 constitucional consagra como deber del estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona; dentro de la seguridad se encuentra la seguridad jurídica, que también ha sido violada en el acto reclamado en perjuicio del postulante, concluye señalando que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, tergiversa y erróneamente utiliza los derechos humanos individuales – que están contenidos en nuestra Constitución Política en sus primeros cuarenta y seis artículos- con el fin de darle cumplimiento a una sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, utilizando terminología inexistente e improvisando en la legislación guatemalteca, violando la misma convención que pretende defender, ya que no se pueden defender los derechos humanos desnaturalizando sus propios términos, simulando un debido proceso para violarlos, extremo que también es atribuible al Ministerio Público, que es la institución encargada de velar por el estricto cumplimiento de las leyes del país, el que equivocadamente interpreta los artículos 44 y 46 constitucionales con el fin de tolerar resoluciones que llevan implícitas amenazas, restricciones o violaciones a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan como ocurre en el acto reclamado a través de esta acción. Solicitó que se le otorgue la protección requerida dejando en suspenso y sin valor legal alguno el acto reclamado. **B) El Ministerio Público, por medio de la Unidad de Impugnaciones y la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal,** argumentó lo siguiente: a) el libelo de interposición del amparo presenta falencias técnicas, que no pueden ser subsanadas y que no pueden pasar inadvertidas, lo que conmina su petitorio a ser denegado, toda vez que el reclamo realizado en sede constitucional, se concreta en la intención de hacer prevalecer el principio non bis in ídem, cuando es ineludible que ninguna norma puede encontrarse en contraposición con lo regulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, pues las demás ramas del derecho, deben ceder ante el derecho constitucional; siendo evidente que nuestra carta magna, en materia de derechos fundamentales acepta la aplicación de garantías que aún cuando no figuran de forma taxativa en ella, son utilizadas en nuestro ordenamiento jurídico, tal cual ocurre en el caso concreto, pues el Estado de Guatemala, se organiza para realizar el bien común y bajo el criterio que el elemento más importante para el Estado es la persona humana haciendo valer el principio pro homine perfectamente plasmado en el acto reclamado; b) el derecho atiende a principios generales de la

lógica y de la razón y por lo tanto la interrogante a plantear es que tanto puede primar el principio non bis ídem cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos decide que Guatemala violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los artículos V, 2º, 3º y 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que se violó el derecho a las garantías judiciales y la protección judicial, consagrado en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagrados además en los artículos 12 y 29 de la Constitución Política de la República que el Estado incumplió con las obligaciones generales de los estados miembros plasmados en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que el Estado incumplió con la obligación de prevenir y sancionar la tortura en los términos de los artículos 1, 2, 6 y 8 de la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la tortura; c) entraña el criterio del juzgador, pues para fortalecer la tesis que se defiende debe primar el artículo 44 de la Constitución Política de la República, que la autoridad impugnada actuó en el uso de las atribuciones que la ley le confiere, sin vulnerar derecho alguno; y que la pretensión del postulante es que por esta vía se revise y revoque la resolución reclamada intentando constituir así una tercera instancia, prohibida por nuestra legislación, ya que el sólo hecho de que lo resuelto no le sea favorable, no configura violación constitucional alguna. Solicitó que se deniegue el amparo.

CONSIDERANDO

- I -

De conformidad con el artículo 265 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícito una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. En materia judicial, el Tribunal de Amparo es el contralor del respeto y observancia de los derechos reconocidos en el ordenamiento legal, a fin de hacer prevalecer éstos ante actuaciones jurisdiccionales que provoquen su menoscabo. Constituye violación al derecho de defensa y al principio de debida fundamentación, el hecho que se anule resolución mediante la cual se ordena el sobreseimiento de proceso penal, bajo pretexto de "autoejecutividad" de sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que esta última no haya ordenado tal extremo.

-II-

En el caso que se examina, Julio Roberto Alpírez acude en amparo contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, reclamando de ésta la emisión del auto de once de diciembre de dos mil nueve, que declaró la autoejecutividad de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha veinticinco de noviembre de dos mil, proferida en el caso denominado "Bámaca Velásquez Versus el Estado de Guatemala" y como consecuencia anuló el auto de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, emitido por el Juzgado de Primera Instancia Penal Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu, en el cual se decretó el sobreseimiento de la persecución penal a favor de los imputados: Julio Alberto Soto Bilbao, Ulises Noé Anzueto Girón, Salvador Eduardo Rubio Parra, Rolando Edelberto Barahona, Margarito Sarceño Medrano, Edwin Manuel Lemus Velásquez, Héctor René Pérez Solares, Oscar Eduardo Aragón Cifuentes, Simeón Cum Chuta, Mario Ernesto Sosa Orellana y Julio Roberto Alpírez, por los delitos de Detención Ilegal, Homicidio, Asesinato, Lesiones Graves, Lesiones Gravísimas, Lesiones Leves, Coacción, Amenazas, Delito contra los Deberes de Humanidad, Abuso de Autoridad y Abuso contra Particulares; así también, las actuaciones judiciales dictadas dentro del proceso penal identificado con el número C- seiscientos

tres - noventa y seis (C-603-96), a cargo del referido Juzgado. Arguyó que la autoridad impugnada, con su proceder, menoscaba los derechos de defensa y debido proceso y los principios de jerarquía y supremacía constitucionales y el de fundamentación de las resoluciones judiciales, ya que no obstante haberse resuelto el ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, el sobreseimiento del proceso penal identificado con el número C – seiscientos tres – noventa y seis, seguido en su contra, decisión que cierra irrevocablemente el proceso con relación al imputado en cuyo favor se dicta, inhibe una nueva persecución en su contra por el mismo hecho y hace cesar todas las medidas de coerción motivadas por el mismo, la Corte Suprema de Justicia, sin fundamento alguno como "acto extraordinario del procedimiento común", aludiendo el cumplimiento de la sentencia de veinticinco de noviembre del año dos mil, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso denominado "Bámaca Velásquez versus Estado de Guatemala", anula la resolución mediante la cual se emitió aquel sobreseimiento y las actuaciones judiciales dentro del precitado proceso, no obstante no ordenarse en la parte resolutive del fallo dictado por el mencionado ente internacional tal extremo, lo cuál, a su juicio, resulta arbitrario e ilegal, vulnerando los artículos 204 y 211 de la Constitución Política de la República de Guatemala, y 3, 17, 18, 20, 21, 330 del Código Procesal Penal; además de ello, la emisión del auto de once de diciembre de dos mil nueve la Corte Suprema de Justicia, le deja en total estado de indefensión respecto a la protección de sus derechos procesales, otorgándole una relevancia inaudita a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que no puede ser superior a la Constitución Política de la República de Guatemala. Del estudio de las constancias procesales, esta Corte establece los siguientes puntos torales: a) el diez de diciembre de dos mil nueve, el Ministerio Público, por medio de la Unidad de Casos Especiales Violaciones a Derechos Humanos y Esclarecimiento Histórico de la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos, compareció ante la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, a solicitar la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Bámaca Velásquez Versus Estado de Guatemala", de veinticinco de noviembre de dos mil y como consecuencia de la misma requiere la anulación del auto de sobreseimiento de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, dictado por el Juez de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Retalhuleu, ordenándose la reanudación de la persecución penal en contra de los responsables de la desaparición forzada de Efraín Ciriaco Bámaca Velásquez. Adujo el ente fiscal que la figura procesal que dio término a aquel proceso (es decir el sobreseimiento), contiene un defecto absoluto de forma, en él existió violación al debido proceso y al principio de imperatividad, ya que el juez contralor al otorgarlo incumplió con lo establecido en el artículo 345 Bis del Código Procesal Penal, en cuanto a convocar a las partes a una audiencia oral para discutir la solicitud planteada por el Ministerio Público y que al resolver el órgano jurisdiccional correspondiente, lo hizo sin contener una clara y precisa fundamentación, lo cual dio como resultado que exista en esta actuación judicial cosa juzgada fraudulenta o aparente, la cual, argumenta, se produce cuando en un fallo se han irrespetado de manera evidente las reglas del debido proceso o cuando los encargados de administrar justicia no obraron con independencia o imparcialidad; b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Bámaca Velásquez Versus Guatemala" en sentencia de fondo de veinticinco de noviembre de dos mil dos, decide en la parte resolutive, punto ocho: "el Estado debe ordenar una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta Sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables"; c) la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, en auto de once de diciembre de dos mil nueve, teniendo a la vista la precitada sentencia de fondo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la solicitud de ejecución de sentencia planteada por el Ministerio Público, consideró: "Que en el caso `Bamaca Velásquez versus Estado de Guatemala' el Tribunal Internacional declaró que la sentencia nacional (el resaltado es propio) emitida es violatoria de principios jurídicos

universales de justicia, reconocidos por la civilización y que se encuentran consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que el Estado de Guatemala bajo pretexto de la norma interna, no puede obstruir o impedir el cumplimiento de lo mandado por el Tribunal supra nacional en materia de derechos humanos, sobre todo porque éste se funda en el incumplimiento de una investigación objetiva capaz de probar los hechos y deducir las responsabilidades penales que de ellos se derivan... Que es obligado ejecutar la nulidad de la resolución nacional referida, iniciar un nuevo procesamiento y ofrecer en el mismo el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables. En tal sentido se pronuncia la Cámara Penal, lo que sustenta en la primacía del principio pro hominis y en la salvaguarda del honor y responsabilidad del Estado de Guatemala, frente a la comunidad internacional... En este caso, la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve y todo lo actuado dentro del proceso penal identificado con el número C – seiscientos tres guión noventa y seis (C-603-96), a cargo del oficial segundo, fue declarado contrario a los derechos y principios esenciales de juzgamiento, de conformidad con los argumentos sustentados en el pronunciamiento de fondo vertido por el Tribunal internacional, lo que propició solicitudes de cumplimiento de la ejecución de dicho fallo por parte del Ministerio Público, en atención al carácter auto ejecutable de los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En virtud de lo anterior, resulta necesario que esta Cámara, al haber sido declarada la nulidad de la resolución nacional a que se hace referencia, ordene a su vez un nuevo procesamiento y ofrezca en el mismo, el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso así como el cumplimiento de los fines del proceso penal de averiguación de los hechos y sanción de las personas que resulten responsables de los mismos...", y declaró: "I) LA AUTOEJECUTIVIDAD DE LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE FECHA VEINTICINCO DE NOVIEMBRE DE DOS MIL, PROFERIDA EN EL CASO DENOMINADO 'BÁMACA VELÁSQUEZ VERSUS EL ESTADO DE GUATEMALA' y como consecuencia la anulación del auto dictado por Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve y las actuaciones judiciales dictadas dentro del proceso penal identificado con el número C – seiscientos tres guión noventa y seis (603-2-96), a cargo del oficial segundo...". Se advierte que el quid de la cuestión que se discute es determinar si el auto de once de diciembre de dos mil nueve, dictado por la autoridad impugnada, en el que se decide anular el sobreseimiento emitido dentro del proceso penal seiscientos tres – noventa y seis, de ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, y las actuaciones judiciales de dicho proceso, aduciendo el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso "Bámaca Velásquez Versus Estado de Guatemala", se encuentra ajustado a derecho y por consiguiente establecer si el mismo viola garantías plasmadas en la Carta Magna.

En cuanto a lo solicitado por el Ministerio Público, en relación a declarar la nulidad del sobreseimiento emitido en la causa seiscientos treinta – noventa y seis (603-96), aduciendo fraudulencia en la emisión del mismo, se evidencia un desencaje entre lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia de veinticinco de marzo de dos mil tres y lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en su resolución de once de diciembre de dos mil nueve, puesto que del contenido de aquella sentencia no surge noción cierta que permita percibir la fraudulencia del auto de sobreseimiento que acusa el Ministerio Público; así, no se sustenta fundamento para declarar la anulación con respecto al mismo –sobreseimiento-, ya que para poder el arribar a esa conclusión, en cuanto a que la resolución de ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, que dio término al mencionado expediente, fue dictada en fraude de ley, es

necesario un procedimiento que conduzca la probatoria suficiente en relación a la ineficacia de aquella figura procesal otorgada, lo cual a la fecha no se ha practicado; el "autoejecutar" la anulación del sobreseimiento, sin mediar orden expresa, privilegia la acusación en vulneración de los postulados del derecho de defensa; ello en desmedro del artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto a los derechos del acusado, ya que, se reitera, el Tribunal internacional no lo declaró así, por lo que resulta en una faltada encuadramiento lógico entre lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo solicitado por el Ministerio Público y lo decidido por la autoridad denunciada. Este Tribunal, a manera de ejemplo, se permite ilustrar en cuanto antecedentes relacionados con el veredicto proferido en otro caso, cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido expresa en los puntos resolutive de las sentencias, ordenando a los Estados obligados claramente lo que ha de ejecutar; es así que en el caso denominado "Raxcacó Reyes Versus Guatemala", en sentencia de fondo, de quince de septiembre de dos mil cinco, resolvió: "8. El Estado debe dejar sin efectos la pena impuesta al señor Raxcacó Reyes en la sentencia del Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente (supra párr. 43.10) dentro de un plazo razonable y, sin necesidad de un nuevo proceso, emitir otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte (el resaltado es propio). El Estado deberá asegurar que la nueva pena sea proporcional a la naturaleza y gravedad del delito que se persigue, y tome en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren concurrir en el caso, para lo cual, previamente a dictar sentencia, ofrecerá a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia. "; como puede apreciarse, lo decidido en la sentencia relacionada, difiere de lo que en este caso se analiza, en tanto que aquella otra ordena la reapertura de fases procesales cumplidas en el expediente respectivo, adviértase que la sentencia dictada en el caso "Bámaca Velásquez Versus Guatemala", de veinticinco de noviembre de dos mil, carece de los efectos que ha ordenado la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, específicamente lo relacionado a la anulación del auto de sobreseimiento y de las actuaciones judiciales, lo cual lo hace ineficaz. La autoridad impugnada no posee en este momento justificación para otorgar la anulación del ya mencionado auto de sobreseimiento; por consiguiente, lo plasmado en la resolución de once de diciembre de dos mil nueve se aleja de una verdadera fundamentación y de la misma ratio, ya que motivar una resolución judicial viene a significar, dar la razón, explicar o justificar el impulso por el que se resuelve en un sentido u otro; al no haber actuado de tal manera, se violan los derechos constitucionales del postulante, quebrantando lo establecido en el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal. Al respecto, debe considerarse que obligación de los tribunales de explicitar el fundamento de sus resoluciones se ha reconocido como garantía del derecho a un debido proceso legal, por tratarse de actos jurisdiccionales que afectan, en cualquier sentido, los intereses de las personas. De ahí que la obligación del razonamiento jurídico constituye una obligación plenamente consolidada en la jurisprudencia constitucional. Por otra parte, también es obvio que los tribunales de justicia sustenten la razón por la cual asumen jurisdicción y competencia en determinados asuntos. En el caso examinado, la resolución de la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, de once de diciembre de dos mil nueve, sin indicar en la misma la instancia que la haya promovido, omitió en su fundamentación señalar las causas legales por las cuales dicho tribunal asumió la jurisdicción y competencia para emitirla, indicando, Expediente 548-2010 12 además, por qué no correspondía dicha resolución al tribunal de origen (Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu), que podría tener la jurisdicción conforme los artículos 37 y 40 del Código Procesal Penal, y tampoco justificó un procedimiento inaudita altera pars, que no podría ser adecuado conforme los artículos 324 bis, 331 y 345 bis del citado Código, aplicados mutatis mutandis al caso en concreto, incluyendo la debida audiencia a las partes, al Ministerio Público, y, por lo que corresponde a la posible responsabilidad de reparaciones económicas del Estado, al Procurador General de la Nación. Así, que sin desconocer en lo mínimo la autoridad de la Sentencia dictada

por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de veinticinco de noviembre de dos mil nueve, en el caso identificado en autos, es necesario que el Tribunal reclamado fundamente jurídicamente la resolución objeto del amparo, como lo manda el artículo 11 bis del Código Procesal Penal y lo tutelan los artículos 12 de la Constitución Política de la República y 8.1 y 8.2.b. de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, para lo cual será necesario reenviarlo a la autoridad reclamada. Se concluye, entonces, que el auto señalado de agravante no fue debidamente razonado, limitando el derecho de defensa de las partes procesales y variando con ello las formas del proceso en contravención al principio de imperatividad establecido en el artículo 3 del Código Procesal Penal. Con el objeto de reconducir por la vía adecuada la actividad judicial en el caso que ahora se somete a esta jurisdicción, deviene imperativo otorgar la protección constitucional solicitada y, como consecuencia, dejar en suspenso definitivo la resolución que constituye el acto reclamado con respecto al accionante y todas las actuaciones subsiguientes en las que se aplicó el mismo.

-IV-

El artículo 45 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que el Tribunal debe decidir sobre la condena en costas, cuando se declare procedente el amparo y señala como uno de los casos de excepción aquéllos en que, a su juicio, la autoridad impugnada haya actuado con evidente buena fe. Siendo que en el presente caso esta Corte estima que la actuación de la autoridad impugnada encaja en el caso de excepción referido, es procedente eximirla del pago de las costas.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 265, 268, 272 inciso b) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8°, 42, 44, 45, 46,49, 50, 52, 53, 54, 149, 163 inciso b) y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y 14 del Acuerdo 4-89 y 1 del Acuerdo 1-2009 ambos de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I)** Otorga el amparo solicitado por Julio Roberto Alpírez contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal; como consecuencia: a) lo restaura en la situación jurídica afectada y, para tal efecto, deja en suspenso definitivo, con respecto del accionante, la resolución dictada por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, el once de diciembre de dos mil nueve, y todas las actuaciones subsiguientes en las que se aplicó dicho fallo; b) para los efectos positivos de este fallo, la autoridad impugnada debe dictar la resolución que corresponde, tomando en cuenta lo considerado en esta sentencia, para lo cual se fija el plazo de cinco días contados a partir de la fecha en que reciba la ejecutoria respectiva con los antecedentes; lo anterior con apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, se le impondrá a cada uno de los miembros que la integra una multa de dos mil quetzales, sin perjuicio de las demás responsabilidades legales. **II)** No condena en costas. **III)** Notifíquese y con certificación de lo resuelto devuélvase los antecedentes.

ROBERTO MOLINA BARRETO
PRESIDENTE

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE
MAGISTRADO

MARIO PÉREZ GUERRA
MAGISTRADO

JUAN FRANCISCO FLORES JUÁREZ
MAGISTRADO

VINICIO RAFAEL GARCÍA PIMENTEL
MAGISTRADO

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ
SECRETARIO GENERAL
ACLARACIÓN DE OFICIO

EXPEDIENTE 548-2010

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, veintisiete de agosto de dos mil diez.

De oficio se tiene a la vista la sentencia de veinticinco de agosto de dos mil diez, dictada por esta Corte dentro del expediente arriba identificado, dentro de la acción de amparo en única instancia promovida por Julio Roberto Alpírez contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal.

ANTECEDENTES

I. DE LA SENTENCIA EMITIDA POR ESTE TRIBUNAL: a) Esta Corte, mediante resolución de veinticinco de septiembre de dos mil diez, otorgó el amparo solicitado en única instancia, por Julio Roberto Alpírez contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, en el que denunció como acto reclamado la resolución de once de diciembre de dos mil nueve, por la que la autoridad impugnada, declaró la autoejecutividad de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de veinticinco de noviembre de dos mil, proferida en el caso denominado "Bámaca Velásquez Versus Estado de Guatemala" y como consecuencia anuló el auto de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, emitido por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Retalhuleu, en el cual se decreto el sobreseimiento de la persecución penal a favor de los imputados: Julio Alberto Soto Bilbao, Ulises Noé Anzueto Girón, Salvador Eduardo Rubio Parra, Rolando Edelberto Barahona, Margarito Sarceño Medrano, Edwin Manuel Lemus Velásquez, Hector René Pérez Solares, Oscar Eduardo Aragón Cifuentes, Simeón Cum Chuta, Mario Ernesto Sosa Orellana y Julio Roberto Alpírez por los delitos de Detención Ilegal, Homicidio, Asesinato, Lesiones Graves, Lesiones Gravísimas, Lesiones Leves, Coacción, Amenazas, Delito contra los Deberes de Humanidad, Abuso de Autoridad y Abuso contra Particulares, así también, las actuaciones judiciales acaecidas dentro del proceso penal identificado con el número C - seiscientos tres – noventa y seis (C-603-96); b) Al tener a la vista la sentencia dictada, este Tribunal advierte, que erróneamente se consignó, en la parte considerativa de ésta, como fechas de la emisión de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, veinticinco de noviembre de dos mil dos, veinticinco de noviembre de dos mil tres y veinticinco de noviembre de dos mil nueve, cuando la fecha correcta del mencionado fallo es veinticinco de marzo de dos mil. Por otro lado, en la literal b) del por tanto de la sentencia de mérito, también se consignó erróneamente que se fija a la autoridad impugnada el plazo de cinco días contados a partir de la fecha en que reciba la ejecutoria respectiva con los antecedentes para que proceda a dictar la resolución que corresponde de acuerdo a lo considerado en dicha sentencia, cuando el plazo correcto es el de quince días.

CONSIDERANDO

- I -

De conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Acuerdo 4-89 de la Corte de Constitucionalidad, esta Corte y los Tribunales de Amparo podrán aclarar o ampliar de oficio sus resoluciones, en tanto conserven jurisdicción y por las causas prevista en ley.

-II-

En virtud de las circunstancias descritas en el apartado de antecedentes del presente fallo y con fundamento en la disposición legal invocada, esta Corte aclara de oficio la sentencia de veinticinco de agosto de dos mil diez, en el sentido que la fecha correcta de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso denominado "Bámaca Velásquez Versus Estado de Guatemala", es veinticinco de marzo de dos mil; asimismo, que el plazo correcto fijado en la literal b) del apartado del por tanto de la sentencia de mérito dictada por esta Corte es el de quince días y no de cinco días, no como erróneamente se consignara en la sentencia mencionada.

LEYES APLICABLES

Artículo citado, 266, 268 y 272 inciso i), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 6°, 163 inciso i) y 185 de la Ley de Amparo Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 1° del Acuerdo 1-2009 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Aclara de oficio la sentencia dictada por esta Corte el veinticinco de agosto de dos mil diez, en el sentido de precisar que la fecha correcta del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a que se hace referencia en dicha resolución y que se consigno erróneamente, es veinticinco de marzo de dos mil y que el plazo correcto fijado en la literal b) del apartado del por tanto de la sentencia de mérito dictada por esta Corte es el de quince días. II) Notifíquese.

ROBERTO MOLINA BARRETO
PRESIDENTE

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE
MAGISTRADO

MARIO PÉREZ GUERRA
MAGISTRADO

GLADYS CHACÓN CORADO
MAGISTRADA

JUAN FRANCISCO FLORES JUÁREZ
MAGISTRADO

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ
SECRETARIO GENERAL

GUATEMALA- Sentencia 5

AMPARO EN ÚNICA INSTANCIA

EXPEDIENTES ACUMULADOS 655-2010 Y 656-2010 CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, CONSTITUIDA EN TRIBUNAL

EXTRAORDINARIO DE AMPARO: Guatemala, dieciocho de enero de dos mil once. Se tienen a la vista para dictar sentencia, los amparos en única instancia promovidos por Reyes Collin Gualip, Manuel Pop Sun, Carlos Antonio Carías López, Roberto Aníbal Rivera Martínez, César Adán Rosales Batres, Carlos Humberto Oliva Ramírez, Manuel Cupertino Montenegro Hernández, Cirilo Benjamín Caal Ac y Daniel Martínez Méndez, contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal. Los postulantes actuaron con el patrocinio del abogado Jorge Alejandro Zamora Batarsé. Es ponente en este caso la Magistrada Vocal III, Gladys Chacón Corado, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES

I. LOS AMPAROS

A) Interposición y autoridad: presentados el veintitrés de febrero de dos mil diez, en esta Corte. **B) Acto reclamado:** auto de ocho de febrero de dos mil diez, por el que la autoridad impugnada, a requerimiento del Ministerio Público y de la Asociación Familiares de Detenidos – Desaparecidos de Guatemala, ordenó la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso denominado “Masacre de las Dos Erres versus Guatemala”. **C) Violaciones que denuncian:** a los derechos de libertad y defensa, así como al principio jurídico del debido proceso. **D) Hechos que motivan el amparo:** de lo expuesto por los postulantes y del estudio de las constancias procesales, se resume: **D.1) Producción del acto reclamado:** a) la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia de veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, dentro del caso denominado “Masacre de las Dos Erres versus Guatemala”, declarando que el Estado es responsable de la violación de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, señalando, entre otros aspectos, que debía investigar, sin mayor dilación, de forma seria y efectiva los hechos que originaron las violaciones ocasionadas y que debía remover todos los obstáculos, de facto y de iure que mantenían la impunidad en ese caso; **b)** la Asociación Familiares de Detenidos – Desaparecidos de Guatemala y el Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos, solicitaron a la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal – autoridad impugnada- la ejecución de la sentencia relacionada en el inciso anterior; **c)** la referida Cámara emitió el auto de ocho de febrero de dos mil diez -acto reclamado-, por el que dispuso, entre otros: **i)** la no aplicabilidad de la Ley de Reconciliación Nacional en el caso de mérito; **y ii)** dejar sin efecto las impugnaciones de naturaleza ordinaria y constitucional que los hoy accionantes promovieron contra las resoluciones de diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve y ocho de marzo de dos mil, proferidas por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de San Benito, departamento de Petén, que contenían, respectivamente, órdenes de aprehensión y admisión de pruebas anticipadas, dentro del proceso penal iniciado contra éstos. **D.2) Agravios que se reprochan al acto reclamado:** señalaron que con

la emisión del acto reclamado, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, se excedió en el uso de sus facultades legales, ocasionando las violaciones enunciadas, puesto que manda dejar sin efecto las impugnaciones de carácter ordinario y constitucional que promovieron en el ejercicio de su derecho defensa garantizado por la Constitución Política de la República de Guatemala y las leyes del país. Adujeron que la autoridad impugnada, excediéndose de sus facultades legales, mandó reactivar las aprehensiones giradas en su contra, las cuales habían sido dejadas sin efecto por sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad en los expedientes ochocientos veinte – dos mil (820-2000), novecientos uno – dos mil (901-2000) y novecientos sesenta y cinco – dos mil (965-2000), en las que se ordenó al Juez de Primera Instancia competente que se inhibiera y remitiera las actuaciones a la Sala jurisdiccional competente para conocer sobre la aplicación o no de los supuestos de extinción de la responsabilidad penal que establece la Ley de Reconciliación Nacional, procedimiento dentro del cual, a la fecha de interposición de los amparos, existía un recurso de apelación pendiente de ser resuelto por la autoridad impugnada, violándose con ello lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo 11 de la Ley ibid. Manifestaron que se encuentran en prisión en forma ilegal. **D.3)** Pretensión: solicitaron que se les otorgue amparo, dejando sin efecto la resolución que constituye el acto reclamado y se ordene a la autoridad impugnada emitir la que en derecho corresponde. **E)** Uso de recursos: ninguno. **F)** Caso de procedencia: invocaron el contenido en el inciso d) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. **G)** Leyes que denuncian como violadas: citaron los artículos 12, 204 y 205, inciso a., de la Constitución Política de la República de Guatemala; 4º de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 3, 4, 20, 40 y 57, tercer párrafo, del Código Procesal Penal; y 11, párrafos tercero y penúltimo, de la Ley de Reconciliación Nacional.

II. TRÁMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: no se otorgó. **B) Terceros interesados:** **a)** Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos; y **b)** Asociación de Familiares de Detenidos - Desaparecidos de Guatemala. **C) Informe circunstanciado:** el Presidente de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otros aspectos, informó: **a)** la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la sentencia de veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, dentro del caso denominado “Masacre de las Dos Erres versus Guatemala”, por la que declaró que el Estado de Guatemala violó la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, disponiendo que éste debía investigar, sin mayor dilación, de forma seria y efectiva los hechos que originaron las violaciones denunciadas, así como que debía iniciar las acciones penales pertinentes, de acuerdo con la legislación interna, contra las autoridades que puedan haber cometido y obstaculizado la investigación de los hechos; el Tribunal Internacional estableció que la investigación seguida por el Estado no ha constituido un recurso efectivo para garantizar el verdadero acceso a la justicia por parte de las víctimas, dentro un plazo razonable, que abarque el esclarecimiento y eventual sanción de los presuntos responsables, de modo que se examine de forma completa y exhaustiva la multiplicidad de afectaciones ocasionadas a los pobladores del parcelamiento Las Dos Erres, por lo que se deben utilizar todos los medios necesarios conforme la legislación ordinaria para conducir eficazmente las respectivas investigaciones, así como remover todos los obstáculos de facto y de iure que mantienen la impunidad en el caso de mérito; **b)** la Asociación Familiares de Detenidos – Desaparecidos de Guatemala y el Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Sección de Derechos Humanos, en atención al carácter autoejecutable de los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitaron a la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, la ejecución de la sentencia internacional, ya relacionada; requiriendo expresamente, la

primera de las mencionadas: "...que de manera inmediata y sin dilaciones, se proceda a reactivar el proceso penal ordinario, desde el momento en que se inhibió el juez contralor de la investigación a efecto pueda continuarse con el mismo para lo que proceda"; y el ente investigador: "... que al resolver se declare: a) Iniciado el procedimiento de ejecución de la sentencia citada (...) b) Ordene se continúe el proceso penal, sin mayor dilación y en consecuencia, de conformidad con el párrafo 233 literal a) de la sentencia de la CIDH (sic), no podrá aplicarse leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley, cosa juzgada ni el principio non (sic) bis in idem, o cual (sic) cualquier excluyente similar de responsabilidad, habiéndose observado el cumplimiento de tal extremo en la resolución de la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente con fecha diez de diciembre de dos mil nueve, por lo que de conformidad con lo resuelto deberá declararse en el mismo sentido cualquier planteamiento futuro, de los que tengan la misma pretensión. c) Se ordene ejecutar las órdenes de captura pendientes, contra los sindicatos mencionados en la parte expositiva del presente memorial; tal y como se encontraban hasta antes de iniciado el trámite de la amnistía de conformidad con la Ley de Reconciliación Nacional, la cual ya fue resuelta con fecha diez de diciembre de dos mil nueve y de apelarse la misma, está (sic) sea declarada sin lugar. d) Se inicie las acciones disciplinarias administrativas o penales, de acuerdo con nuestra legislación interna de las posibles autoridades del Estado que han obstaculizado e impedido la investigación debida de los de (sic) los (sic) hechos, así como los responsables de las distintas irregularidades procesales. e) Se adopten las medidas necesarias para el uso efectivo del recurso de amparo. f) Se ordene el cumplimiento de lo ordenado en las restantes literales de los numerales 233 al 236 de la Sentencia"; **c)** conforme lo solicitado y lo acreditado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, advirtió que, con referencia a los hechos denunciados, el siete de octubre de mil novecientos noventa y nueve y cuatro de abril de dos mil, el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Petén, ordenó la aprehensión de diecisiete personas; asimismo, el diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve y ocho de marzo de dos mil, se admitió la práctica de pruebas anticipadas en el proceso de mérito, contra esas disposiciones jurisdiccionales fueron interpuestas una serie de medios de impugnación, tanto en la vía ordinaria como constitucional (conforme lo acreditado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: treinta y tres procesos de amparo, diecinueve recursos de reposición, diecinueve reclamos de subsanación, dos solicitudes de enmienda y una acción de inconstitucionalidad), los cuales, según el criterio del Tribunal Internacional, han impedido el esclarecimiento de los hechos; **d)** por lo expuesto y en atención a las observancias contenidas en el fallo de índole internacional, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, ordenó la continuación del proceso penal un mil trescientos dieciséis – noventa y cuatro (1316-94) del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Petén (sic), a partir de las actuaciones siguientes: i) órdenes de aprehensión decretadas contra las personas individualizadas en el proceso penal; y ii) la admisión de las prácticas de pruebas anticipadas; sin posibilidad de aplicar en lo sucesivo, las disposiciones contenidas en la Ley de Reconciliación Nacional (Decreto 145-96 del Congreso de la República), debido a los pronunciamientos contenidos en los párrafos ciento treinta y uno y doscientos treinta y tres inciso a) del fallo que se ejecutaba; como consecuencia de ello, debían dejarse sin efecto las impugnaciones de carácter ordinario y constitucional promovidas contra las resoluciones indicadas, con el objeto de continuar en forma efectiva con el proceso penal; **e)** adujo que la decisión asumida se sustentó en la primacía del principio pro hominis y en la salvaguarda del honor y la responsabilidad del Estado de Guatemala en materia de Derechos Humanos frente a sus habitantes y la Comunidad Internacional; **f)** el doce de febrero de dos mil diez, remitió al Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del municipio de San Benito, departamento de Petén, la certificación de las actuaciones tramitadas ante la Corte Suprema de Justicia respecto a la ejecución de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, a la que se ha hecho relación, para los efectos de dar cumplimiento a la parte resolutive del auto dictado por la hoy autoridad impugnada el ocho de febrero de dos mil diez (acto reclamado). **D) Pruebas:** **a)** auto de ocho de febrero de dos mil diez, dictado por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, que constituye el acto reclamado en la acción

constitucional que se conoce; y **b)** sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad dentro de los expedientes ochocientos veinte – dos mil (820-2000), novecientos uno – dos mil (901-2000) y novecientos sesenta y cinco – dos mil (965-2000).

III. ALEGACIONES DE LAS PARTES EN EL DÍA DE LA VISTA

A) Los postulantes no alegaron. **B) El Ministerio Público, por medio de la Fiscalía de Asuntos Constitucionales, Amparos y Exhibición Personal**, manifestó: **a)** que la autoridad impugnada actuó en el ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 44, 46 y 203 constitucionales y el criterio expuesto en el acto reclamado atiende a la circunstancia de que el Estado no puede imponer su derecho interno ni alegar ausencia de procedimiento para el cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso denominado “Masacre de las Dos Erres versus Guatemala”, puesto que como miembro de la Comunidad Internacional reconoce tanto la jurisdicción de los Tribunales Internacionales, entre ellos la referida Corte Interamericana, como los principios que rigen el derecho internacional. Señaló que en el fallo relacionado se declaró que el Estado de Guatemala vulneró el principio de justicia consagrado en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y, por lo tanto, los derechos de defensa, debido proceso y acceso a la justicia, en perjuicio de las víctimas, debiéndose tomar en cuenta que la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social -principio pro homine- y es, precisamente, el mencionado principio, en el que se sustenta el pronunciamiento de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como en la salvaguarda del honor y la responsabilidad del Estado de Guatemala; **b)** en el caso de mérito se advierte que las impugnaciones de carácter ordinario y constitucional interpuestas por los sindicatos dentro del proceso penal, provocaron la suspensión de la investigación efectuada contra ellos, en tanto se determinaba la aplicación de la Ley de Reconciliación Nacional - planteamiento que fue declarado sin lugar por la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente-, y aun cuando el recurso de apelación instado contra esa decisión se encuentra pendiente de resolver, ello no tiene efecto suspensivo y por ende, el acto reclamado no puede afectar derecho alguno de los accionantes; **c)** las resoluciones a las que los amparistas hacen referencia, aunque estén fundamentadas en normas de carácter ordinario que conforman el ordenamiento interno del país, no pueden prevalecer, pues por ser materia de derechos humanos, el derecho interno debe ceder ante los pactos internacionales; de ahí que el declarar con lugar el amparo promovido sería atentar contra el estado de derecho; **d)** es inaceptable que los postulantes hayan tenido acceso a las instancias legales mediante la interposición de una serie de acciones por las que pretendían que se les otorgara amnistía, mientras que las víctimas y sus familiares se ven impedidos de obtener justicia, por medio de una investigación objetiva e imparcial que determine quiénes fueron los autores y partícipes de un crimen de lesa humanidad y su respectivo juzgamiento; **e)** en conclusión, adujo que en el acto reclamado no se hace más que ejecutar una decisión internacional en protección de los derechos de las víctimas y sus familiares, en cuanto ordena al Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de San Benito, departamento de Petén, que continúe el procesamiento de los sindicatos o de quienes así resulten y se dé intervención al Ministerio Público, al que se requiere que efectúe la correspondiente investigación en forma objetiva y la persecución del hecho y, en el ámbito de sus respectivas competencias, adopten las medidas judiciales y administrativas necesarias para localizar juzgar y

eventualmente sancionar a los autores de los hechos delictivos denunciados; por tal razón, no existe violación alguna a los derechos de los postulantes, puesto que pueden ejercerlos durante el procedimiento respectivo, conforme el fallo internacional ejecutado por la autoridad impugnada, en igualdad de condiciones que garanticen también el derecho de los afectados, que había sido mermado por el uso desmedido de acciones legales por parte de los hoy amparistas. Solicitó que se deniegue la acción constitucional promovida, se condene en costas a los postulantes y se imponga la multa correspondiente al abogado patrocinante.

CONSIDERANDO

-I-

De conformidad con el artículo 265 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícito una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

En materia judicial, el Tribunal de Amparo es el contralor del respeto y observancia de los derechos reconocidos en el ordenamiento legal, a fin de hacer prevalecer éstos ante actuaciones jurisdiccionales que provoquen su menoscabo.

-II-

El asunto total de las acciones de amparo que se conocen, consiste en la denuncia de los postulantes sobre el exceso del ejercicio de las funciones de la autoridad impugnada respecto del efecto que confirió a la ejecución de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso denominado “Masacre de las Dos Erres versus Guatemala”; por tal razón, con la finalidad de determinar la existencia o no de las violaciones alegadas, es procedente analizar la resolución que constituye el acto reclamado de acuerdo a lo ordenado en el fallo internacional ya relacionado. La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, en resolución de ocho de febrero de Expedientes Acumulados 655-2010 y 656-2010 6 dos mil diez -acto reclamado-, consideró: “(...) resulta obligado que esta Cámara se pronuncie en cuanto a la observancia de las disposiciones que contiene el fallo proferido por el Tribunal internacional, **en el sentido de ordenar la continuación del proceso penal identificado con el número un mil trescientos dieciséis guión noventa y cuatro (1316-94) del Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de San Benito, departamento de Petén, a partir de las actuaciones consistentes en:** a) las órdenes de aprehensión decretadas contra las personas señaladas en el citado proceso penal; y b) la admisión de las prácticas de pruebas anticipadas; sin posibilidad de aplicar en lo sucesivo las disposiciones contenidas en la Ley de Reconciliación Nacional, decreto número 145-96 del Congreso de la República, **debido a los pronunciamientos contenidos en los párrafos ciento treinta y uno y doscientos treinta y tres inciso a) del fallo que en esta resolución se ejecuta.** Consecuentemente **deben dejarse sin efecto las impugnaciones de carácter ordinario así como constitucional interpuestas contra las resoluciones judiciales indicadas en los anteriores incisos a) y b).** Lo anterior con el objeto de continuar en forma efectiva, el procesamiento penal iniciado con motivo de la masacre ocurrida en el parcelamiento Las Dos Erres, ubicado en el municipio La Libertad, departamento de Petén, preparado y perpetrado los días seis al ocho de diciembre de mil novecientos ochenta y dos; para lo cual se deberá brindar en todo momento, el irrestricto respeto de las reglas del debido proceso y el cumplimiento de los fines del proceso penal de demostración de los hechos y sanción de los autores responsables (...). (El resaltado es propio). De esa cuenta, la autoridad impugnada resolvió: “(...) I) La autoejecutividad de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y

costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, proferida en el denominado 'Caso de la Masacre de Las Dos Erres versus el Estado de Guatemala' y como consecuencia, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en los párrafos doscientos veintiocho al doscientos treinta y seis de la sentencia precitada, ordena al Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de San Benito, departamento de Petén: CONTINUAR el procesamiento de las personas sindicadas o de quienes así resulte, dentro del proceso identificado con el número mil trescientos dieciséis guión noventa y cuatro (1316-94); dar intervención al Ministerio Público, al que se requiere la realización de las investigaciones objetivas así como la persecución del hecho incoado penalmente y; en el ámbito de las respectivas competencias de los órganos precitados, adopten las medidas judiciales y administrativas necesarias para localizar, juzgar y eventualmente sancionar a los autores del hecho del proceso (...).

De conformidad con la transcripción efectuada, se advierte que el efecto principal que la autoridad impugnada confirió a lo dispuesto en la sentencia cuya ejecución le fue requerida, consistía en ordenar la continuación del proceso penal que había sido iniciado contra los supuestos autores de los hechos denunciados en el fallo de índole internacional y para ello, basándose en los pronunciamientos contenidos en los párrafos ciento treinta y uno y doscientos treinta y tres inciso a) del fallo relacionado, dispuso dejar sin efecto las impugnaciones de carácter ordinario y constitucional interpuestas contra determinadas resoluciones judiciales emitidas en el referido proceso; como consecuencia, la causa debía continuar a partir de las mismas; de conformidad con lo expuesto, es imperativo plasmar en este fallo, los párrafos conducentes de la sentencia que se ejecutaba, citados por la autoridad impugnada.

El párrafo ciento treinta y uno (131) de la sentencia en mención, señala: "En consideración de lo anterior, la Corte determina que la eventual aplicación de las disposiciones de amnistía de la LRN (Ley de Reconciliación Nacional) en este caso contravendría las obligaciones derivadas de la Convención Americana. En razón de esto el Estado tiene el deber de continuar sin mayor dilación con el proceso penal, en el cual se incluya la multiplicidad de los delitos generados en los hechos de la masacre para su debida investigación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de estos actos (...).

En el párrafo doscientos treinta y tres (233) se establece: "En razón de lo anterior, el Estado deberá utilizar los medios que sean necesarios, de acuerdo con su legislación interna, para conducir eficazmente las investigaciones con el fin de individualizar, juzgar y eventualmente sancionar a los responsables de los crímenes cometidos en el Parcelamiento de Las Dos Erres, y remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantienen la impunidad en este caso. En particular, el Estado deberá velar porque la investigación abarque los siguientes criterios: a) en consideración de la gravedad de los hechos, **el Estado no podrá aplicar leyes de amnistía** ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in idem (supra párr. 129), o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación. En consecuencia, el Estado deberá continuar con el proceso penal, sin mayor dilación; ...e) adoptar las medidas necesarias para que el uso del recurso de amparo sea efectivo, conforme a los principios de concentración, celeridad, contradictorio y motivación de los fallos, derecho de defensa, y que no sea utilizado como un mecanismo dilatorio del proceso (...). (El resaltado es propio).

A efecto de análisis, es necesario transcribir también el párrafo doscientos treinta y cinco (235) del fallo en mención: "La Corte considera que para efectos del presente caso, para hacer efectivo el acceso a la justicia de las víctimas, **los jueces como rectores del proceso tienen que dirigir y**

encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso en pro del formalismo y de la impunidad, así como tramitar los recursos judiciales de modo a que se restrinja el uso desproporcionado de acciones que puedan tener efectos dilatorios o entorpecedores". (El resaltado es propio).

-III-

Del análisis efectuado en las transcripciones anteriores, esta Corte advierte que, respecto a lo resuelto por la autoridad impugnada en cuanto la no aplicación de la Ley de Reconciliación Nacional, ello deviene de una orden expresa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia ha sido reconocida por el Estado de Guatemala y por ende sus fallos son de imperativo cumplimiento; asimismo, es procedente indicar que no se encuentra reproche que hacer al acto reclamado, como no sea en aquella parte específica en la que dispuso dar continuidad al proceso penal de mérito, dejando sin efecto medios de impugnación de índole ordinario y acciones de carácter constitucional, ya que ello implica conculcación de otro derecho fundamental, como es el de defensa, que conlleva el derecho a recurrir; de esa cuenta, dejar sin efecto medios de impugnación, además de ser confrontativo del derecho de defensa, como ya se indicó, deviene innecesario para los efectos de la ejecución del fallo internacional citado, puesto que algunas de aquellas incidencias ya estaban resueltas y firmes. Es preciso indicar que lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, no se encuentra acorde con resolución expresa del Tribunal Internacional. Por otro lado, a juicio de esta Corte, esa continuidad efectiva del proceso penal puede lograrse mediante distintas acciones procesales no limitativas del derecho de defensa, tales como diligencia procesal, atención primordial del proceso, observancia irrestricta de plazos, tanto para resolver como para notificar y no otorgar efectos suspensivos a los medios de impugnación ordinarios y acciones constitucionales y de esa forma cumplir con el debido proceso garantizado tanto en la Constitución Política de la República de Guatemala como en Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.

De este modo, siendo que el acto reclamado no tiene más reproche que el relacionado, es del caso otorgar el amparo, pero conservando la eficacia de la resolución contra la que se promovió, y ordenando la reconducción de éste mediante los remedios procesales idóneos, en los que se aclare y amplíe lo considerado en cuanto dejar sin efecto los medios de impugnación y acciones constitucionales promovidas por los hoy postulantes, con el objeto de reconducir esa declaración hacia la instrucción específica a los órganos jurisdiccionales de modos distintos de lograr la continuidad del proceso y eliminar los obstáculos de facto y de iure a los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace alusión en la sentencia ya mencionada, tomando en cuenta para ello lo considerado en este fallo.

No se hace especial condena en costas por la buena fe que se presume en las actuaciones judiciales.

LEYES APLICABLES

Artículos citados y 265, 268 y 272, inciso b) de la Constitución Política de la República de Guatemala; 8º, 10, 42, 45, 49, 50, 52, 53, 55, 149, 163, inciso b) y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 14 del Acuerdo 4-89 y 1 del Acuerdo 1-2009, ambos de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con fundamento en lo considerado y leyes citadas, resuelve: **I) Otorga** el amparo solicitado por Reyes Collin Gualip, Manuel Pop Sun, Carlos Antonio Carías

López, Roberto Aníbal Rivera Martínez, César Adán Rosales Batres, Carlos Humberto Oliva Ramírez, Manuel Cupertino Montenegro Hernández, Cirilo Benjamín Caal Ac y Daniel Martínez Méndez, contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal; **II)** Para los efectos positivos, se ordena a la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, que, sin anular el acto reclamado, lo reconduzca por vía de la aclaración y ampliación, en los términos considerados en este fallo. **III)** Se conmina a la autoridad impugnada para que dé exacto cumplimiento a lo resuelto, dentro del plazo de tres días contados a partir del día en que reciba la ejecutoria de este fallo, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento se le impondrá a cada uno de sus integrantes, la multa de dos mil quetzales (Q2,000.00), sin perjuicio de las demás responsabilidades civiles y penales en que pudieran incurrir. **IV)** No se condena en costas. **V)** Notifíquese, con certificación de lo resuelto.

ROBERTO MOLINA BARRETO
PRESIDENTE

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE
MAGISTRADO

MARIO PÉREZ GUERRA
MAGISTRADO

GLADYS CHACÓN CORADO
MAGISTRADA

JUAN FRANCISCO FLORES JUÁREZ
MAGISTRADO

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ
SECRETARIO GENERAL

ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN

EXPEDIENTES ACUMULADOS 655-2010 y 656-2010

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, EN CALIDAD DE TRIBUNAL EXTRAORDINARIO DE AMPARO: Guatemala, once de febrero de dos mil once.

Se tienen a la vista para resolver las solicitudes de aclaración y ampliación presentadas por la Asociación Familiares de Detenidos – Desaparecidos de Guatemala, por medio de su Representante Legal, Aura Elena Farfán, de la sentencia emitida por esta Corte el dieciocho de enero de dos mil once, en el expediente formado por amparo en única instancia, promovido por Reyes Collin Gualip, Manuel Pop Sun, Carlos Antonio Carías López, Roberto Aníbal Rivera Martínez, César Adán Rosales Batres, Carlos Humberto Oliva Ramírez, Manuel Cupertino Montenegro Hernández, Cirilo Benjamín Caal Ac y Daniel Martínez Méndez, contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal.

ANTECEDENTES

I) DEL PLANTEAMIENTO DE AMPARO Y SENTENCIA: En el proceso constitucional dentro del cual se plantean las impugnaciones que ahora se resuelven, se señaló como acto reclamado el

auto de ocho de febrero de dos mil diez, por el que la autoridad impugnada, a requerimiento del Ministerio Público y de la Asociación Familiares de Detenidos – Desaparecidos de Guatemala, ordenó la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso denominado “Masacre de las Dos Erres versus Guatemala” y, como consecuencia, dispuso “...dejar sin efecto las impugnaciones de naturaleza ordinaria y constitucional que los hoy accionantes promovieron contra las resoluciones de diez de febrero de mil novecientos noventa y nueve y ocho de marzo de dos mil, proferidas por el Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de San Benito, departamento de Petén, que contenían, respectivamente, órdenes de aprehensión y admisión de pruebas anticipadas dentro del proceso iniciado contra éstos.”. Esta Corte, en la sentencia objeto de impugnación, otorgó la protección constitucional solicitada, considerando que el hecho de dejar sin efecto los medios de impugnación de índole ordinario y acciones de carácter constitucional promovidos por los postulantes, implica una conculcación al derecho de defensa de éstos, por lo que se declaró con lugar la garantía instada, pero conservando la eficacia de la resolución contra la que se promovió y ordenando la reconducción del proceso de mérito mediante los remedios procesales idóneos, en los que se aclare y amplíe lo considerado en cuanto dejar sin efecto los medios de impugnación y acciones constitucionales promovidas por los hoy postulantes, con el objeto de reconducir esa declaración hacia la instrucción específica a los órganos jurisdiccionales de modos distintos de lograr la continuidad del proceso y eliminar los obstáculos de facto y de iure a los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace alusión en la sentencia ya mencionada.

III) DE LOS ARGUMENTOS DE LA ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN: En el presente caso, la solicitante, en su calidad de tercera interesada, pide la aclaración y ampliación de la sentencia emitida por esta Corte, en los términos siguientes: “(...) 1. aclare si la sentencia emitida no genera un obstáculo de jure, y si con ello promoviendo (sic) impunidad, por el retardo en el acceso a la Justicia de las Víctimas, por lo que debe aclarar si lo resuelto en su sentencia de fecha 18 d (sic) enero de 2011 dentro del presente amparo genera mas impunidad y es indiferente al derecho de acceso a la Justicia de las Víctimas. 2. (...) aclare si con lo resuelto dentro del presente amparo en relación generar (sic) obstáculos de jure y a la luz de lo resuelto por la Corte Interamericana no se está sacrificando la Justicia en pro del Formalismo y la Impunidad. 3. (...) que aclare y amplíe si lo resuelto en el presente amparo contraviene las obligaciones convencionales de carácter internacional del Estado de Guatemala, y si el mismo resultado propicia la impunidad al no realizarse la ponderación entre los derechos del imputado y los derechos de las víctimas cuando se trata de graves violaciones a los Derechos Humanos. En consecuencia solicitamos que amplíe en el presente amparo, la fundamentación sobre la ponderación de los derechos de las víctimas en graves violaciones a los Derechos Humanos y los derechos de los imputados (...)”.

CONSIDERANDO

- I -

El artículo 70 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, establece que cuando los conceptos de un auto o de una sentencia, sean oscuros, ambiguos o contradictorios, podrá pedirse que se aclaren. Si se hubiere omitido resolver alguno de los puntos sobre los que versare el amparo, podrá solicitarse la ampliación.

- II -

Al proceder al estudio de los argumentos expuestos por la solicitante, esta Corte advierte que éstos no están dirigidos a los conceptos contenidos en la sentencia que ameriten su aclaración, ni a la omisión de resolver sobre los puntos sobre los que versó el amparo, sino que a circunstancias propias del fondo del asunto -decisión del Tribunal de Amparo-. En efecto, se aprecia que lo que se

pide es que esta Corte exponga si las consecuencias materiales de la sentencia, serán las situaciones que la solicitante expone y afirma; sin embargo, éstas no constituyen razones de aclaración y ampliación, más aun, cuando sobre los efectos del otorgamiento del amparo, los cuales se encuentran, plasmados en la sentencia con meridiana claridad, no se hace alusión de ambigüedad, obscuridad y contradicción. De lo anterior se evidencia que no concurre presupuesto alguno de los previstos en el artículo 70 de la ley de la materia ya citado, necesarios para que procedan las solicitudes presentadas, lo cual impone la desestimatoria de las mismas, debiendo hacerse el pronunciamiento respectivo en ese sentido.

LEYES APLICABLES

Artículo citado y, 265, 268 y 272, inciso i), de la Constitución Política de la República de Guatemala; 11, 71, 149, 163 inciso i) y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 1º del Acuerdo 1-2009 de la Corte de Constitucionalidad.

POR TANTO

La Corte de Constitucionalidad, con base en lo considerado y leyes citadas, resuelve: I) Sin lugar las solicitudes de aclaración y ampliación presentadas por la Asociación Familiares de Detenidos – Desaparecidos de Guatemala, por medio de su Representante Legal, Aura Elena Farfán. II. Notifíquese.

ROBERTO MOLINA BARRETO
PRESIDENTE

ALEJANDRO MALDONADO AGUIRRE
MAGISTRADO

MARIO PÉREZ GUERRA
MAGISTRADO

GLADYS CHACÓN CORADO
MAGISTRADA

JUAN FRANCISCO FLORES JUÁREZ
MAGISTRADO

MARTÍN RAMÓN GUZMÁN HERNÁNDEZ
SECRETARIO GENERAL

PERÚ- Sentencia 1

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC

LIMA

ALBERTO QUÍMPER

HERRERA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 27 días del mes de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Calle Hayen, Eto Cruz, Álvarez Miranda y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Carmen Luisa Castro Barrera de Químper contra la sentencia de la Quinta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 730, su fecha 12 de enero de 2010, que declaró improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 25 de junio de 2009 doña Carmen Luisa Castro Barrera de Químper interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Alberto Químper Herrera, contra el Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, a cargo del Juez Jorge Octavio Barreto Herrera, solicitando que se declare nulo el auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008, emitido en el Exp. N.º 107-2008, y que en consecuencia se ordene que se dicte un auto denegatorio de instrucción. Alega que el auto de apertura cuestionado viola el derecho al debido proceso del beneficiario, debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación de su derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Señala que con fecha 5 de octubre de 2008, el programa televisivo “Cuarto Poder” difundió cuatro audios ex-profesamente editados y que días después el diario “La República” también presentó nueve audios ex-profesamente editados y obtenidos con vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto son conversaciones interceptadas del favorecido que han sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas, razón por la cual no pueden servir de sustento probatorio del auto de apertura cuestionado.

Por último refiere que en el proceso penal que se le sigue a don Elías Manuel Ponce Feijoo y otros, el beneficiario ha sido admitido como parte civil, por cuanto había sido objeto de interceptaciones telefónicas.

El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial contesta la demanda expresando que el auto de apertura cuestionado ha sido emitido sin contravención de algún derecho constitucional del beneficiario, por cuanto el juez emplazado ha valorado las pruebas al momento de dictarlo. Añade que en el proceso penal que se le sigue al beneficiario puede cuestionarse la razonabilidad de los elementos de prueba que sustentan el auto de apertura cuestionado.

Realizada la investigación sumaria el juez emplazado manifiesta que la causa seguida en contra del beneficiario es compleja y se encuentra en estado de investigación. Asimismo señala

que las resoluciones judiciales que ha emitido han respetado los derechos fundamentales del beneficiario.

El Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, con fecha 21 de septiembre de 2009, declaró infundada la demanda por considerar que lo que en puridad se pretende es que el juez de hábeas corpus se arrogue las facultades reservadas al juez ordinario y proceda al reexamen o revaloración de los elementos probatorios que sirvieron de base para el dictado del auto de apertura de instrucción.

La Sala revisora, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. § Delimitación de la pretensión y de la materia controvertida

1. La demanda tiene por objeto que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción, de fecha 21 de octubre de 2008, emitido por el juzgado emplazado en el Exp. N.º 107-2008, en virtud del cual se resolvió abrir instrucción en contra del beneficiario como presunto autor de los delitos de patrocínio ilegal, de cohecho pasivo propio y de tráfico de influencias, y como presunto cómplice primario del delito de negociación incompatible.

Se alega que el auto de apertura cuestionado afecta los derechos al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y al debido proceso del beneficiario, en conexión con su derecho a la libertad individual, por cuanto las pruebas de cargo que sustentan el auto de apertura de instrucción son pruebas prohibidas, toda vez que son producto de interceptaciones telefónicas.

En dicha línea argumentativa, también se pretende que se le ordene al juez emplazado que en el Exp. N.º 107-2008 dicte a favor del beneficiario un auto denegatorio de instrucción, debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.

2. Delimitadas las pretensiones y los alegatos que sustentan la demanda, este Tribunal considera necesario pronunciarse sobre algunas cuestiones que plantea la denominada prueba prohibida en el proceso penal, también conocida en la doctrina como prueba ilícita o prueba inconstitucional. Para ello, se habrán de responder las siguientes interrogantes ¿cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida?; ¿la prueba prohibida es un derecho constitucional explícito, un derecho constitucional no enumerado o es el contenido implícito de un derecho constitucional?; y ¿qué efectos genera la prueba prohibida en el proceso penal?

A continuación de ello se analizará el contenido del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, así como sus límites, debido a que en la demanda se alega que se habría producido la presunta vulneración de este derecho.

2. § Naturaleza jurídica de la prueba prohibida

3. En la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. Así, existen posiciones que consideran a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso.

Como muestra de que en algunos ordenamientos constitucionales la prueba prohibida es considerada como una garantía objetiva del debido proceso penal, puede citarse a la fracción IX, del inciso a, del artículo 20º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que el proceso penal se regirá, entre otros, por el principio de que “[c]ualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”.

4. De otra parte, existen otras posiciones que predicen que la prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental, admite limitaciones en su ejercicio.

En sentido contrario, corresponde destacar que en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional español consideró que la prueba prohibida no era un auténtico derecho constitucional. Así, en el Auto 289/1984, del 16 de mayo de 1984, se destacó que el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos “no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en qué apoyar tal principio y doctrina”.

5. También se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no “pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico”, pues se trata de “supuestos de prueba prohibida”.

En sentido similar, en la RTC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que “el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho”.

6. Desde otra perspectiva, la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (*deterrence effect*) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (*judicial integrity*). En buena cuenta, en la jurisprudencia norteamericana la regla de la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, sino que presenta una función disciplinaria en la medida que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la sentencia del Caso *United States v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976), declaró que “la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada”.

7. En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditada a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.

2.1.§ El fundamento de la prueba prohibida

8. Con relación al fundamento que garantiza la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, este Tribunal considera pertinente enfatizar que también en la dogmática

constitucional comparada no existe consenso para concluir que el derecho a la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida tiene un único fundamento.

9. Así, existen posiciones que consideran que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho-principio a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” [Caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 120].

En este sentido, se destaca que la presunción de inocencia como primera garantía del proceso penal exige no sólo que exista una mínima actividad probatoria de cargo, sino también que la obtención de las fuentes de prueba se produzca sin la violación de algún derecho fundamental.

10. De otra parte, se considera que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de una persona, se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
11. En sentido similar, se pone de relieve que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida descansa en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o su correspondencia. Como complemento de lo dicho, también se ha señalado que el fundamento de la prueba prohibida se encuentra en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.
12. Proponiendo una concepción amplia sobre la fundamentación de este derecho, el Tribunal Constitucional español en la STC 50/2000, del 28 de febrero de 2000, ha

destacado que “la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes”, y se basa asimismo “en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables”.

2.2.§ La prueba prohibida en la Constitución

13. Nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2° de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado.

En sentido similar, el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas por: **a)** la violencia moral, psíquica o física; **b)** la tortura, y **c)** los tratos humillantes o denigrantes.

14. En el ámbito del proceso penal, la prueba prohibida se encuentra expresamente reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo texto dispone que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

15. De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal.

2.3.§ Los efectos de la prueba prohibida

16. En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, al señalar que “[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

17. En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe que “el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato” tiene “como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas”.

3.§ Interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas

18. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, ha precisado que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege “las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla”.

De ese modo, el derecho a la vida privada tutela “a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.

En definitiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que “la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación”.

19. Como todo derecho fundamental, la vida privada no es un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Semejante situación sucede con el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil* precisó que la interceptación telefónica, al representar una seria interferencia en la vida privada, para que sea legítima “debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias

en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos”.

20. Pues bien, en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional.

Por esta razón este Tribunal considera que el Estado debe investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de la violación del derecho a la vida privada del beneficiario, consistente en la interceptación y divulgación de sus conversaciones telefónicas, así como la entrega de las conversaciones telefónicas a los medios de comunicación. Asimismo debe precisarse que la divulgación de las grabaciones telefónicas requiere de la autorización de sus interlocutores para que se legitima.

21. Para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario, este Tribunal considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.

Debe destacarse que el criterio del análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal también es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso *Schenk vs. Suiza*, del 12 de julio de 1988, se precisó que no se puede “excluir en principio y en abstracto que se admita una prueba conseguida ilegalmente” porque sólo “le corresponde averiguar si el proceso” considerado “en su conjunto fue un proceso justo”.

22. Finalmente ante la práctica de públicas difusiones de conversaciones interceptadas, este Tribunal debe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, ha enfatizado que:

- a. Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima [párrs. 129 y 147].
- b. La divulgación de cintas grabadas sin la autorización de los interlocutores configura una violación del derecho a la honra y a la dignidad de toda persona, en el cual se incluye su privacidad, según el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, leído en conjunto con los artículos 30 y 32.2 del mismo instrumento [párr. 147].
- c. La divulgación de conversaciones telefónicas que se encuentran bajo secreto de justicia por agentes del Estado implica una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de los interlocutores [párr. 158].

23. En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución dispone que las “comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley”.

Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un

mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI**

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC
LIMA
ALBERTO QUÍMPER
HERRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS

Con el debido respeto por las consideraciones expresadas por mis colegas, si bien coincido con ellos en el fallo del presente caso, no suscribo los fundamentos 20 y segundo párrafo del fundamento 23.

En cuanto al fundamento 20, cabe destacar que en un proceso constitucional como el de habeas corpus, el respectivo juzgador se limita a apreciar los elementos de prueba *específicos* sobre *hechos concretos* que obran en el expediente constitucional, de modo que corresponderá al **juzgador penal** verificar en definitiva, en el caso de Alberto Quimper Herrera, cuáles son los hechos definitivamente probados así como las respectivas afectaciones a bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal.

En cuanto al segundo párrafo del fundamento 23, estimo que si bien existen límites a los derechos fundamentales a la libertad de expresión y libertad de información que ejercen los medios de comunicación, pues no pueden vulnerar derechos fundamentales de otras personas, también considero que no resulta pertinente lo expresado en dicho párrafo, pues en mi concepto, el Derecho Penal constituye el último mecanismo que debe utilizar el Estado para impedir que se manifiesten conductas nocivas para la sociedad, siendo por el contrario, que antes de invocarse la utilización del Derecho Penal, debe exhortarse a la materialización del autocontrol de los medios de comunicación o el control por órganos privados que asocien a tales medios, de modo que sólo ante la inacción o deficiente control de tales mecanismos se acuda a los respectivos órganos jurisdiccionales. La libertad de expresión constituye uno de los principales baluartes de la democracia y la defensa de los derechos de las personas, por lo que todos tenemos la obligación de promoverla, defenderla, criticarla constructivamente y siempre preservarla en cada caso concreto.

S.

BEAUMONT CALLIRGOS

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC
LIMA
ALBERTO QUÍMPER
HERRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. El recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra el Juez del Tercer Juzgado Penal Especial de Lima, señor Jorge Octavio Barreto Herrera, con la finalidad de que se declare la nulidad del auto de apertura de instrucción de fecha 21 de octubre de 2008, debiéndose en consecuencia disponer se dicte un auto denegatorio de instrucción, puesto que se está afectando el derecho al debido proceso debido a que la calificación de los ilícitos penales que se le atribuyen se fundamenta en pruebas obtenidas con afectación al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Señala que en el programa televisivo “Cuarto Poder” se difundió audios ex profesamente editados y que días después el diario “La República” también presentó nueve audios editados y obtenidos con afectación del secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por cuanto son comunicaciones interceptadas que han sido arbitrariamente reproducidas, editadas y descontextualizadas, razón por la que no puede servir de sustento probatorio del auto de apertura cuestionado. Es así que se solicita que el juez emplazado emita un auto denegatorio de instrucción, debido a que no existen pruebas lícitas que sustenten la instrucción que se le sigue.

2. Se entiende claramente que el cuestionamiento del recurrente está circunscrito a que se anule el auto de apertura de instrucción bajo la argumentación de que los delitos por los que se iniciaba el proceso se encontraban sustentados en pruebas que han sido obtenidas ilícitamente, lo que anula cualquier imputación en su contra.
3. El Tribunal Constitucional en la STC N.º 2365-2002-HC/TC ha señalado que atendiendo al objeto de dicho proceso, dejar sin efecto el auto de apertura de instrucción constituye *“pretensión imposible de satisfacer mediante esta acción de garantía, toda vez que ésta no se puede instrumentalizar con el objeto de impedir que se realicen las investigaciones judiciales derivadas del auto de apertura de instrucción... el Tribunal Constitucional considera que cualquier anomalía o irregularidad que pueda presentar el auto cuestionado deberá remediarse mediante el ejercicio de los recursos que la ley procesal penal prevé, y no vía este proceso que tiene como finalidad proteger la libertad individual y los derechos conexos con ella”*. En síntesis, el Tribunal Constitucional tras reproducir parte del texto del artículo 77.º del Código de Procedimientos Penales ha dicho que no es instancia revisora para dilucidar si los fundamentos que sustentan el auto de apertura de instrucción son suficientes o si en el proceso penal se cumple con las exigencias de la ley, dejando en claro que dicha reclamación deberá ser formulada al interior del proceso penal en trámite pues es prerrogativa de la judicatura ordinaria resolver dichas controversias.
4. El Código Procesal Constitucional, Ley 28237, en el Artículo 4º, segundo párrafo, prevé la revisión de una resolución judicial vía proceso de hábeas corpus siempre que se cumplan 2 presupuestos: 1) que se trate de una resolución judicial firme y 2) que la vulneración a la libertad individual y a la tutela procesal efectiva sea de forma **manifiesta**.
5. Consecuentemente, para legitimar el ingreso del Tribunal Constitucional a la revisión de una resolución judicial que en este caso constituye la expresión misma de la autonomía del Juez y la independencia del Poder Judicial, debe acreditarse fehacientemente el

cumplimiento de dichos presupuestos, caso contrario estaremos convirtiendo a este Supremo Tribunal en una suprainstancia capaz de revisar todos los autos de apertura de instrucción evacuados por la jurisdicción ordinaria a nivel nacional, y también todos los autos que en la calificación de demandas civiles las admita a trámite.

6. Es así que en reiteradas oportunidades he manifestado mi rechazo ante demandas de hábeas corpus que cuestionan el auto de apertura de instrucción –resolución que abre recién el proceso– bajo el argumento de una indebida o deficiente motivación, puesto que el auto de apertura, en puridad, no está vinculado directamente con la medida cautelar de naturaleza personal que se dicta al interior de dicha resolución, medida contra la que la ley procesal permite la apelación, situación que imposibilita a este Colegiado a pronunciarse sobre dicho cuestionamiento en atención a su falta de incidencia negativa al derecho a la libertad individual y derechos conexos. Debe precisarse que el mandato de detención provisorio se emite en función a otros presupuestos procesales, señalando al efecto el Artículo 135° del Código Procesal Penal, taxativamente, los requisitos mínimos que deben concurrir para su procedencia, que no son los mismos que los exigidos para el auto que abre instrucción establecidos en el Artículo 77° del Código de Procedimientos Penales.
7. En consecuencia, la medida coercitiva de naturaleza personal sí incide directamente sobre la libertad personal; empero, contra esta medida existen medios impugnatorios previstos en la ley procesal penal que tendrían que agotarse para obtener la firmeza de la resolución en lo referente a la detención preventiva u otras limitaciones a la libertad personal. Por otro lado, si se denuncia que el juez ordinario, abusando de sus facultades, abre instrucción contra determinada persona cometiendo con ello una arbitrariedad manifiesta, se estaría acusando la violación del debido proceso para lo que resultaría vía idónea la del amparo reparador y no la del hábeas corpus.
8. Asimismo, tampoco puede permitirse que los actores de la justicia penal ordinaria pretendan el análisis constitucional mediante el hábeas corpus de toda resolución judicial que no resulte conveniente a sus intereses, pues como hemos reiterado el hábeas corpus contra resoluciones judiciales sólo habilita de manera excepcional la vía constitucional cuando la resolución judicial que se cuestiona incide de manera directa y negativa en el derecho a la libertad personal.
9. Por las precedentes consideraciones no encuentro capacidad en el Tribunal Constitucional para ingresar al proceso penal de su referencia y convertirse, de motu proprio, en el ultra revisor de lo determinado por el Juez competente, pues ello significaría abrir las puertas a muchos miles de imputados que vendrían al Tribunal con iguales impugnaciones cada vez que un juzgado penal dé trámite a la denuncia del Fiscal abriendo el correspondiente proceso.
10. En consecuencia, la demanda debe ser declarada improcedente por cuanto el auto de apertura de instrucción (así como los autos ampliatorios de la instrucción) *no* constituye la resolución judicial firme que vulnera manifiestamente la libertad individual, esto es, que no constituye el pronunciamiento judicial firme que incida de manera negativa y directa en el derecho a la libertad personal, habilitando de ese modo su examen constitucional vía el proceso de hábeas corpus.
11. No obstante lo expuesto considero necesario señalar que no me encuentro de acuerdo con lo expresado en la resolución en mayoría (fundamento 7 de la resolución puesta a mi vista), en la parte que señala que la prueba prohibida es un derecho fundamental que “*garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona.*”

12. Respecto a dicho extremo considero que este Colegiado debe realizar un análisis exhaustivo tendiente a determinar los efectos de la afirmación esbozada en los fundamentos de la resolución traída a mi Despacho. Para ello es necesario señalar que conforme a la lectura del *petitum* se advierte el cuestionamiento a la admisión de un medio probatorio cuando ha sido obtenido de manera ilegal. El problema de la eficacia de las pruebas obtenidas con medio ilícito hasta el momento no ha obtenido respuesta unánime. Es así que es necesario hacer referencia al sistema americano que es el creador del concepto de prueba prohibida, realizando la proscripción del uso de pruebas ilegítimamente adquiridas.
13. De la IV Enmienda Constitucional se deriva expresamente la prohibición de usar en juicio los elementos de *evidencia real* obtenidos de modo ilícito. Tal prohibición afirma Vincenzo Vigoritti en la Revista de Derecho Procesal, volumen XXIII, II serie. 1968, página 64-77, “(...) *no presenta las características de una exclusionary rule con lo cual se pretenda castigar, sobre un plano procesal, el ilícito sustancial de la autoridad requirente, cuando más bien aquello de un verdadero y propio privilegio –termino éste con el cual se señala una situación subjetiva de naturaleza activa; a cuyo ejercicio está subordinada la concretización misma de la libertad objeto de protección constitucional– que hace encabezar al titular del derecho fundamental lesionado.*”
14. En el caso *Mapp vs Ohio* de 1961, la Corte Suprema expresaba su rechazo al uso en cualquier juicio penal, sea federal como estatal de pruebas obtenidas por medios ilícitos por órganos públicos estatales o federales. El fundamento de esta prohibición era un mandato derivado de la norma constitucional, expresando que dicha prohibición aseguraba la sobrevivencia de una sociedad libre. Pero se observa la distinción de los jueces americanos cuando la obtención de la prueba calificada como ilícita es realizada por un órgano público y cuando es realizada por un particular. Respecto del primero la prohibición es tajante respecto al segundo existe permisibilidad que ha sido discutida largamente.
15. Es así que el citado autor Vincenzo concluye en que el sistema americano “(...) *excluye el uso de elementos que sirvan para acreditar determinado hecho que hayan sido obtenidos de manera ilegítima, sólo cuando el ilícito haya sido cometido por un funcionario público y las pruebas sean destinadas a valer en un proceso penal sea estatal como federal, mientras la prohibición no se aplica, salvo pocas excepciones, cuando el autor de lo ilícito sea un ciudadano privado (...)*”.
16. En nuestro sistema no existe unanimidad respecto a la proscripción de la prueba prohibida, pero sí considero necesario distinguir y saber cómo aplicar lo expresado en el sistema americano de manera de no importar una figura que finalmente se desnaturalizará en una realidad diferente.
17. En el caso de autos se aprecia que el recurrente afirma que se le ha iniciado proceso penal bajo el sustento de pruebas ilícitas, para lo que debemos tener en cuenta que en el auto de apertura de instrucción el juzgador realiza un análisis en conjunto de los medios probatorios, que tiene a su alcance a ese momento no pudiendo reputarse una afectación concreta de los derechos a través de un acto con el cual recién se inicia el proceso.
18. En este contexto es necesario hacer referencia a las etapas del procedimiento probatorio, esto es el ofrecimiento de los medios, la admisión, la actuación y la calificación de los medios admitidos, en cuya última etapa, es decir la sentencia, corresponde al juzgador explicar motivadamente las razones por las que establece qué medios para él sirven a determinado hecho y qué medios no. Decimos entonces que es recién en la sentencia, fase sustantiva del proceso, en la que el Juez recién nos va a decir las razones por las que un medio probatorio puede ser calificado de ilegal. Es de esta forma que se entiende que ante el inicio formal del proceso penal (auto apertorio de instrucción) nos encontramos evidentemente en la etapa en la que juez toma conocimiento recién de los medios

probatorios aportados con la denuncia fiscal, debiendo ser materia de discusión al interior del proceso penal, medios probatorios que recién han de ser admitidos en el auto de apertura de instrucción para formar el iter procesal que al final lleve a la decisión justipreciada, atendiendo a que la investigación preliminar que ha realizado el Ministerio Público ha significado la reunión de los medios probatorios que sustentaran los hechos que sirvan de base a la denuncia que dicho órgano realizará. No es entonces el mejor momento el inicio del proceso penal para que el Juez adelante opinión calificando determinado medio probatorio como ilegal por prematuro, no correspondiéndole asimismo a quien se considera afectado con el auto de apertura instrucción decir que la obtención de determinado medio probatorio ha sido ilegal o mal habido. Es también menester considerar que el denominado “fruto del árbol envenenado” propio del sistema anglosajon *common law*, nos refiere posiciones distintas para un mismo medio según las circunstancias de la obtención y diferenciando la función pública de la función privada.

19. Por todo esto considero necesario afirmar que señalar que la nulidad de los medios probatorios que se pretende sancionar a través del presente proceso constitucional de hábeas corpus es incorrecta en por prematura, quedándole al recurrente el amplio campo de la defensa dentro del proceso penal correspondiente y no traer al proceso constitucional este tema que necesariamente está vinculado a la libertad individual. Asimismo me encuentro en desacuerdo con la afirmación realizada en el proyecto llegado a mi Despacho en el fundamento 7, referido a que *la prueba prohibida es un derecho fundamental (...)*.
20. Finalmente me aparto de los fundamentos 20, 21 y 23 del proyecto que se pone a mi vista por hacer referencia a la prohibición impuesta a los medios de comunicación respecto a difundir interceptaciones y grabaciones de conversaciones telefónicas, sin que previamente se haya verificado por sentencia si lo que se pretende difundir es de interés público o no, debiéndose tener en cuenta el rol importante y relevante que cumplen los medios de comunicación en la formación de opinión pública, siendo en gran parte los responsables de dar a conocer hechos veraces que como tales informan a la sociedad de la realidad. Es así que poner una mordaza o censurar determinada información constituye una intromisión ilegítima en los medios de comunicación y a la vez afecta el derecho a de los ciudadanos a conocer actos que socaban la democracia. Todo acto que exprese lo contrario **apoya en cierta forma la impunidad**, puesto que existen casos conocidos por todos, en los que sólo por la propagación realizada por los medios de comunicación se han conocido las situaciones crónicas de corrupción, pudiendo a consecuencia de ello en este momento procesar a los responsables. Además aceptar dicha limitación a los medios de comunicación implicaría la figura vedada por la Constitución de censura previa, situación por la que manifiesto mi total desacuerdo con dichos fundamentos de la resolución puesta a mi vista. Claro que esta postura no significa un cheque en blanco para el abuso cuando éste sólo está destinado al escándalo.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de hábeas corpus, debiéndose tener en cuenta lo expresado en los fundamentos 19 y 20 del presente voto.

Sr.

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC
LIMA
ALBERTO QUÍMPER
HERRERA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión vertida por el resto de mis colegas magistrados, emito el siguiente fundamento de voto, por cuanto si bien comparto lo expuesto en dicha sentencia y la parte resolutive de la misma, estimo pertinente desarrollar las siguientes consideraciones adicionales

1. No puede soslayarse que de un tiempo a esta parte, algunos medios de comunicación han venido propalando irresponsablemente conversaciones privadas *so pretexto* de un pseudo interés público en su difusión cuando en realidad obedecen a fines subalternos (incrementar su nivel de audiencia, manipular a la opinión pública a fin de apoyar determinadas candidaturas o atacar otras, etc) que en modo alguno pueden ser admitidos.
2. En tal escenario, y más aún *ad portas* de una contienda electoral como la que se aproxima, el Estado no puede permanecer indiferente ante el proceder irresponsable de algunos periodistas, que abusando del poder que la exposición mediática les provee, pretendan exponer irresponsablemente conversaciones privadas ilegítimamente obtenidas.

Y es que, a fin de cuentas, la difusión de tales grabaciones por parte de algunos malos periodistas no hace más que incentivar el mantenimiento de un mercado ilegal de interceptaciones telefónicas en el que mafias con equipos ilegalmente introducidos a nuestro país ofrecen conversaciones privadas de la más diversa índole al mejor postor.

3. De ahí que si bien la labor de la prensa contribuye a la formación de una opinión pública y la realización misma de la democracia, y por tanto, la censura previa se encuentra constitucionalmente proscrita al estar reñida con los valores y principios democráticos; soy de la opinión que frente a la comisión de tales ilícitos de carácter penal, el Estado debe actuar con el máximo rigor posible sancionando tanto a las mafias dedicadas a interceptar ilegalmente conversaciones telefónicas, así como a los periodistas que abusando de la tribuna que les provee el medio de comunicación para el cual trabajan, las difundan.

Sr.

ÁLVAREZ MIRANDA

PERÚ- Sentencia 2

EXP. N.º 00228-2009-PA/TC
LA LIBERTAD
FLOR DE MARÍA
IBÁÑEZ SALVADOR

RAZÓN DE RELATORÍA

El caso de autos se ha resuelto a la luz de la Resolución Administrativa N.º 028-2011-P/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de marzo de 2011, que incorpora el artículo 10-A al Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, el que, entre otras cosas, establece que el Presidente del Tribunal Constitucional tiene el voto decisorio en los casos que se produzca empate en la votación de causas vistas por el Pleno.

En efecto, en el caso se ha producido un empate entre la posición que declara **FUNDADA** la demanda (tres votos); y la posición que declara **IMPROCEDENTE** la demanda (tres votos). Estando a que la primera posición cuenta con el voto del Presidente del Tribunal Constitucional, es ésta la que se constituye en sentencia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 4 días del mes de abril de 2011, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega; el voto singular del magistrado Beaumont Callirgos, que se anexa; y el voto singular en el que confluyen los magistrados Calle Hayen y Urviola Hani, que también se acompaña.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Flor de María Ibáñez Salvador, contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fojas 142-144, de fecha 17 de septiembre de 2008, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 7 de diciembre de 2007, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. ("FODINSA"), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – La Libertad y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, con el objeto de que se declare nulos los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, y que especifica como:

- a) La aprobación de la Adenda N° 1,
- b) La aprobación de la reducción del capital social a 0,
- c) La aprobación del aumento del capital social por capitalización de créditos con invitación únicamente a los acreedores de clase C),
- d) La aprobación de la capitalización de créditos de las empresas Cartavio S.A. y FODINSA y todos los acuerdos derivados de dicha aprobación.

Solicita la anulación de dichos acuerdos en el entendido que estos vulneran sus derechos constitucionales a la libre iniciativa privada, a la libertad de empresa, a la libertad de trabajo, a la propiedad, al debido proceso corporativo particular y a la interdicción a la arbitrariedad. Como corolario de todo ello, la demandante solicita la restitución plena de su derecho sobre la propiedad de las acciones que poseía en la empresa demandada Chiquitoy S.A. y, por tanto, el restablecimiento de su calidad de accionista de la mencionada empresa, con todos los derechos y obligaciones que ello implica.

Sustenta su petitorio afirmando que en Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, merced a un proceso "irregular", el cual estuvo constituido básicamente por la configuración (inclusión de una cláusula que exigía el pago en efectivo del total de las acciones suscritas) o ausencia de configuración (falta de publicidad del procedimiento aplicable) de las condiciones básicas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones, así como por la arbitrariedad manifestada en el desarrollo mismo de la junta (a través de la no existencia del momento de invitación a los accionistas para el ejercicio del derecho de suscripción), se vio privada de ejercer el mencionado derecho, ocasionando ello, no sólo una pérdida de su proporción accionaria y con ello de sus derechos políticos como accionista, sino, una pérdida total de la titularidad de las acciones que poseía en la empresa concursada Chiquitoy S.A., dado que en la misma Asamblea, las empresas demandadas FODINSA y Cartavio S.A.C. decidieron reducir el capital social a 0 y luego aumentarlo, pero sólo con la capitalización de créditos correspondientes a la clase C, es decir sólo con la clase de créditos que a estas empresas les correspondía.

Afirma la demandante que si bien el derecho de suscripción preferente no es un derecho recogido en la Constitución, su negación absoluta a través de un procedimiento corporativo a todas luces irregular, en el caso concreto, ha generado la imposibilidad de defender la propiedad de sus acciones, vulnerando con ello el contenido esencial de este derecho, así como el derecho a la libre iniciativa privada, el derecho a la interdicción a la arbitrariedad y el derecho al debido proceso corporativo particular.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad declara improcedente liminarmente la demanda, por considerar que el amparo no es la vía para atender la resolución de la controversia planteada por la demandante, por cuanto en el caso sub-litis existía una vía procesal específica igualmente satisfactoria, regulada en el artículo 132 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal. Considera además la Sala que, de acuerdo al carácter residual del amparo, este proceso constitucional sólo procede una vez agotados todos los recursos que la ley franquea, lo cual no se observa en el presente caso, pues la demandante reconoce la existencia de un procedimiento jurisdiccional que podría haber planteado antes de incoar el amparo, pero que no lo ha hecho por razones eminentemente personales. Sostiene, en todo caso, que de no ser el procedimiento administrativo ante INDECOPI el que cuestiona (lo cual merecería la interposición del proceso contencioso-administrativo), sino los acuerdos de la Junta de Acreedores, el plazo para interponer la demanda habría transcurrido en exceso, pues desde la realización de la mencionada Junta hasta la interposición de la demanda han transcurrido más de 60 días.

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República confirma el auto de improcedencia de la demanda, manifestando que en el presente caso, dado que lo que se cuestiona es un acto administrativo proveniente del proceso concursal seguido contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., la vía procedimental específica es el proceso contencioso administrativo, la cual se adecua mejor a la presente causa, máxime si en el presente caso las afirmaciones de la demandante requieren de una estación probatoria que el mencionado proceso aporta, contrariamente a lo que sucede con el amparo que carece de ella.

FUNDAMENTOS

§1. Planteamiento del caso

1. La recurrente plantea demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. ("FODINSA"), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – La Libertad – y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, solicitando la anulación de los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, en concreto los siguientes:
 - a) La aprobación de la Adenda N° 1,
 - b) La aprobación de la reducción del capital social a 0 (cero),
 - c) La aprobación del aumento del capital social por capitalización de créditos con invitación únicamente a los acreedores de clase C),
 - d) La aprobación de la capitalización de créditos de las empresas Cartavio S.A. y FODINSA y todos los acuerdos derivados de dicha aprobación.

Fundamenta su pedido indicando que en Junta de Acreedores, de modo arbitrario y a través de un procedimiento irregular, se aprobó la Adenda N° 1, por medio de la cual se acordó la reducción a 0 (cero) del capital social de la empresa concursada Chiquitoy S.A., y si bien en la misma Adenda se recogió el derecho de suscripción preferente de los accionistas, no sólo se establecieron cláusulas irrazonables que impedían el ejercicio del mencionado derecho, sino que no se dieron las condiciones mínimas para la suscripción de las acciones por parte de los accionistas.

Así, de la lectura de la demanda se verifica que la cláusula que se alega como arbitraria y destinada a impedir el ejercicio del derecho de suscripción preferente es aquella contenida en el numeral 3.2., parágrafo b. de la Adenda N° 1, según la cual, el pago de las acciones suscritas deberá hacerse en efectivo en el mismo momento de la Junta.

Por otro lado, en la demanda se arguye que no se respetaron las condiciones mínimas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, establecidas en la Ley General de Sociedades, en los artículos 207, 208 y 209, consistentes básicamente en el conocimiento que deben tener los accionistas de los montos dinerarios que se requieren para el pago de la suscripción accionaria, situación que por otro lado no se produjo porque en ningún momento – según se desprende de la demanda- se realizó el cálculo de dichos montos. Del mismo modo, tampoco se reguló el momento de ejercicio de la suscripción preferente, ni menos se tomó en cuenta el procedimiento de dos ruedas establecido en el artículo 208 de la Ley General de Sociedades. Finalmente, tampoco se emitieron los certificados de suscripción preferente, los mismos que permiten no sólo el conocimiento de todos los datos necesarios para la suscripción (principio de publicidad), sino que son los que posibilitan la transferencia por parte de los accionistas de sus acciones y de su derecho de suscripción preferente, en el caso que los mismos se vean imposibilitados de suscribir las nuevas acciones.

Por último, la recurrente afirma que en el mismo desarrollo de la Junta, en ningún momento se invitó a los accionistas a suscribir acciones, en mérito al derecho preferente que poseían, y ello pese a que el Presidente de la Junta conocía de su presencia en la mencionada Junta.

En el presente caso, además, la ausencia de las condiciones legales requeridas para el ejercicio del derecho de suscripción preferente -como puede observarse de lo planteado por la parte demandante- se presentó en una hipótesis de especial gravedad para los derechos de los accionistas: la reducción del capital social de la empresa concursada a 0 (cero) y el posterior aumento de capital social por capitalización de créditos. Quiere ello decir que de no poder ejercerse la suscripción de acciones, los accionistas perderían todas las acciones que

poseían y, por ende, la propia calidad de accionista. Esta situación es la que finalmente se produjo en el caso sub-litis, donde todos los accionistas fueron licuados por la operación societaria aprobada en la Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006.

2. Este Tribunal Constitucional observa que en el caso *sub exámine*, al margen de las supuestas arbitrariedades e irregularidades presentadas en el procedimiento de suscripción preferente de acciones alegadas por la parte demandante y que deberán ser examinadas a la luz del principio de interdicción a la arbitrariedad y el debido proceso corporativo privado, existe una especial situación de intervención gravosa en los derechos fundamentales alegados y que requiere efectuar un análisis que vaya mucho más allá de una evaluación del cumplimiento de requisitos “legales” para la reducción y el aumento del capital social y el ejercicio del derecho de suscripción preferente. Considera, por el contrario, que ante la presencia de una operación societaria que puede implicar la “desaparición” de los accionistas de una empresa, es necesario efectuar un análisis desde la Constitución sobre la validez y legitimidad de una operación societaria de este tipo. Más aún si esta operación, que la doctrina y práctica societaria conoce como “operación acordeón” (es decir, reducción a 0 –cero- y aumento automático del capital social), no se encuentra regulada en la Ley General de Sociedades y puede afectar gravemente los derechos de los accionistas a la propiedad, a la asociación y a la libre iniciativa privada.

En este contexto, a efectos de resolver la presente controversia constitucional y determinar la legitimidad constitucional de la “operación acordeón”, es necesario resolver los siguientes puntos controvertidos:

1. En primer lugar, desde un punto de vista procesal es necesario identificar como funcionan en el presente caso las causales de improcedencia establecidas en los incisos 1 y 2 del artículo 5 del C.P.Const. En este contexto, será necesario determinar si en el presente caso están en juego derechos de sustento constitucional directo, identificables *prima facie* y que permitan ingresar a discutir el fondo del asunto. Además es necesario determinar si el proceso de amparo es la vía para resolver la presente controversia, teniendo en cuenta el carácter residual de este proceso. En este segundo punto será necesario establecer si a pesar de la existencia de una vía procesal específica como el proceso contencioso administrativo para la discusión de la presente litis, el amparo puede escogerse como una vía de mayor satisfacción.
2. En segundo lugar, es necesario precisar la eficacia de los derechos fundamentales en una relación entre privados. En este contexto, se presenta de especial relevancia el análisis de situaciones de indefensión, sobre todo en el marco de sociedades comerciales, donde confluyen poderes económicos fuertes que pueden imponer su voluntad frente a los accionistas minoritarios.
3. En tercer lugar, es preciso definir los alcances de nuestro modelo económico ius-fundamental y de los derechos a la propiedad y la libre iniciativa privada recogidos en nuestra Constitución Económica, como presupuesto para poder ingresar a examinar su afectación en el presente caso.
4. En seguida, entrando al fondo del asunto, será necesario establecer los lineamientos del derecho de suscripción preferente establecidos en la Ley General de Sociedades, su finalidad y su relevancia constitucional. En concreto, será preciso determinar si forma parte del derecho de propiedad de los accionistas, es decir si es constitucionalmente necesario el ejercicio del derecho de suscripción preferente o si, por el contrario, es sólo una opción legislativa de tratamiento del estatuto de los accionistas en una sociedad anónima, es decir si ingresa en el terreno sólo de lo constitucionalmente posible.
5. Luego, es preciso establecer la legitimidad constitucional de la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero) y el posterior aumento del capital social. En este sentido, será preciso cotejar el valor que tiene la continuidad de una empresa en nuestro modelo económico

constitucional y la incidencia de una operación de este tipo (“operación acordeón”) en los derechos fundamentales del accionista a la propiedad, a la libre iniciativa privada e incluso el derecho de asociación. Así:

- ¿Puede admitirse una medida de este tipo, aun cuando afecte estos derechos ius-fundamentales? ¿Cuál es su justificación constitucional? ¿En todo caso, en qué circunstancias es permisible su adopción? ¿Bajo qué condiciones?
 - ¿Cómo se afecta en este caso el derecho de propiedad de los accionistas? ¿Su ejercicio en todo caso es absoluto? ¿Puede limitarse? ¿Bajo qué condiciones constitucionales?
 - ¿Qué rol juega en este supuesto el derecho de suscripción preferente?
 - ¿No se afecta el derecho de asociación en conexidad con el derecho a la libre iniciativa privada si se toma el acuerdo de reducción del capital social a 0 (cero) sólo por una mayoría accionarial, sin el asentimiento del accionista afectado? ¿No se vería éste excluido de la sociedad por una decisión que no comparte? ¿Puede aun bajo esta circunstancia permitirse la adopción de la operación “acordeón”? ¿Qué condición mínima debe suponer, en todo caso, dicha adopción?
6. Por último se analizará si en el caso concreto se han afectado los derechos a la propiedad, a la asociación y a la libre iniciativa privada, de acuerdo a las determinaciones previamente efectuadas, en contraste con las “irregularidades” planteadas por la recurrente justiciable. En el análisis de los hechos será necesario contrastar también si estos han incidido en el núcleo constitucional de los derechos al debido proceso corporativo particular y la interdicción a la arbitrariedad, como derechos que garantizan el correcto desempeño de cualquier procedimiento donde se discutan derechos, incluidos los procesos corporativos privados.

§2. Cuestiones procesales

3. En el presente caso, aun cuando la improcedencia dispuesta por las dos instancias previas haya sido efectuada en mérito a la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., la primera cuestión procesal que toca dilucidar es la referente a la existencia de derechos de sustento constitucional directo en la controversia planteada por la parte demandante. En este contexto, dada la aparente complejidad sustancial de la presente causa, será necesario en primer lugar, dilucidar, desde la exigencia establecida en el inciso 1 del artículo 5 del C.P.Const., la procedencia o no de la pretensión planteada.
4. Y es que, tal como ha sido presentada la argumentación postulatoria, el caso sub-litis plantea una primera duda: si el derecho de suscripción preferente de acciones, cuya afectación se alega en el presente caso, puede inscribirse como un contenido fundamental protegido por nuestra Constitución y, por tanto, ser susceptible de tutela a través del proceso de amparo. *Prima facie*, desde una concepción puramente formal de los derechos fundamentales, la duda se despejaría en sentido negativo, es decir, podría afirmarse que el derecho de suscripción preferente no tiene el atributo de fundamental pues no se encuentra inscrito en el catálogo expreso de derechos fundamentales que nuestra Constitución recoge. En esta perspectiva, atendiendo a lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 5 del C.P.Const., la presente demanda debería declararse improcedente, confirmando, aunque por otra causa, el auto emitido por las instancias inferiores.
5. Sin embargo, la controversia presenta otras complejidades, apuntadas también en el escrito de postulación del presente proceso y reseñadas en los antecedentes de la presente sentencia. Así, el referido derecho de suscripción preferente ha sido presentado como un medio necesario e indispensable para la protección de la titularidad de las acciones de la demandante, esto es, de su derecho de propiedad sobre ellas y, por ende, de su condición de accionista, en el contexto de un supuesto de reducción del capital social a 0 (cero). Como ha sostenido la demandante, “en el presente caso (...) el derecho de suscripción preferente guarda un grado de relación y vinculación tal con el derecho a la propiedad de las acciones, que éste se vacía de contenido sin aquél” (fojas 362 del cuaderno de la Corte Superior de

Justicia de La Libertad). Al mismo tiempo, los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores habrían sido tomados vulnerando otros derechos fundamentales de la demandante como son el debido proceso corporativo particular y la interdicción a la arbitrariedad.

En este contexto, el caso plantea un problema de determinación del contenido ius-fundamental vulnerado. Dicha determinación, plantea, además, la ubicación que el derecho de suscripción preferente tiene respecto al contenido constitucional del derecho a la propiedad y de los derechos a la asociación y libre iniciativa privada; o la incidencia que la vulneración del derecho de suscripción preferente puede tener respecto a estos derechos ius-fundamentales, en el supuesto de la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero). El caso plantea pues, en último término, el modo de determinación del contenido de un derecho fundamental y de vulneración del mismo, si es que dicha determinación puede ser realizada en abstracto, es decir desde la sola consideración de las normas de derecho fundamental, o si por el contrario, cabe también una determinación efectuada en atención a las circunstancias del caso concreto, es decir a través de la relación específica de las normas de derecho fundamental con los hechos de la situación constitucional planteada.

6. El problema de determinación ius-fundamental de la relación enunciada y, por tanto, la dilucidación de la naturaleza legal o constitucional de la presente controversia jurídica, sin embargo, no puede tener tantos alcances en la fase de admisión del proceso constitucional. Como veremos en seguida, la determinación del carácter constitucional de la pretensión intentada, esto es, la presencia de un contenido constitucional directamente afectado en un caso de compleja naturaleza como el presente, sólo puede realizarse a la luz del examen completo de los derechos fundamentales en cuestión y de las circunstancias gravosas que los afectan. Por ello, aun cuando esta situación no ha sido materia de pronunciamiento en las dos instancias previas, ni opuesta por las entidades emplazadas, consideramos necesario iniciar el análisis del presente caso con la forma cómo opera la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const. en un “caso difícil” como el presente.

2.1. La determinación del derecho de sustento constitucional directo y de su contenido constitucionalmente protegido como causal de improcedencia en el presente caso. Su examen a la luz de la distinta estructura de los derechos fundamentales y de los elementos fácticos del caso controvertido

7. En primer lugar, es necesario plantearse si la exigencia de determinación de la existencia de un derecho de sustento constitucional directo y de la afectación de su contenido constitucional como causal de procedencia es la misma que para la resolución final del fondo del asunto. Quiere ello decir que si en la etapa de admisión de la demanda es necesario realizar un examen *determinante* de la existencia de un derecho de sustento constitucional directo y de la afectación de su contenido constitucional o si, por el contrario, dicho análisis debe quedar reservado para un examen más amplio realizado luego de transcurrido todo el íter del proceso constitucional. Esta cuestión puede merecer, según la naturaleza del caso planteado y en atención a la particular estructura de los derechos fundamentales, dos respuestas diferentes.
8. En efecto, si nos encontramos ante una controversia donde el encuadramiento de la hipótesis fáctica dentro de la referencia semántica de la norma ius-fundamental puede realizarse *ab initio* y sin mayores vacilaciones, la calificación de la procedencia de la demanda, en referencia a lo establecido en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const., puede realizarse sólo en la etapa de admisión. Nos encontramos aquí, pues, con la determinación de procedibilidad de la demanda ante lo que la dogmática de los derechos fundamentales conoce como un “caso fácil”.

En la determinación de procedibilidad de la demanda, en atención a la existencia de un derecho de sustento constitucional directo y la afectación de su contenido constitucional, también es necesario considerar la jurisprudencia previamente emitida por el Tribunal Constitucional. Y es que si este Colegiado ya ha emitido jurisprudencia sobre el ámbito de

contenido constitucional de un derecho fundamental y el ámbito que se encuentra excluido de él, la labor del juez, en la determinación de la existencia de un problema constitucional en el caso en cuestión se hará más sencilla. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que las diversas circunstancias de un caso pueden introducir nuevos elementos de discusión no presentes en la doctrina jurisprudencial establecida por el Colegiado Constitucional; por lo que el juez constitucional tampoco podrá rechazar *de plano* una demanda de amparo cuando aprecie la existencia de estos nuevos elementos.

9. Por el contrario, si nos hallamos ante un “caso difícil”, definido como aquel en el cual, por causa de la indeterminación normativa de la disposición de derecho fundamental aplicable, no aparece claro *a priori* si el acto que se controla es compatible o incompatible con la norma de derecho fundamental relevante, la admisión de la demanda de amparo no podrá someterse a la exigencia de determinación final o definitiva de la concreción normativa fundamental. Dicha determinación corresponde, más bien, a la etapa decisoria final, luego de examinadas a profundidad las razones a favor y en contra de la determinación del contenido ius-fundamental en uno u otro sentido.
10. Desde una perspectiva analítica, y teniendo en consideración la distinta estructura que pueden presentar los derechos fundamentales y los conflictos que pueden suscitarse entre ellos o entre éstos y otros bienes constitucionales, este Tribunal considera que al momento de determinar la procedencia de la demanda de amparo, en la fase de admisión, en mérito a la causal establecida en el artículo 5, inciso 1 del C.P.Const., es necesario tener en cuenta los siguientes supuestos:
 - a) Si el supuesto de hecho alegado no ingresa de modo manifiesto en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, la demanda debe ser declarada improcedente.
 - b) Si, por el contrario, el supuesto de hecho alegado ingresa de modo manifiesto en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, la demanda debe ser admitida a trámite.
 - c) De otro lado, si el supuesto de hecho alegado ingresa *prima facie* en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, pero puede no llegar a estarlo luego de efectuarse un procedimiento de ponderación, la demanda debe ser admitida.
 - d) Finalmente, si el supuesto de hecho alegado no ingresa *prima facie* en el contenido constitucional del derecho fundamental invocado, pero puede llegar a estarlo luego de efectuarse el procedimiento de ponderación, la demanda igualmente debe ser admitida.

Es decir, sólo cuando, en términos del artículo 47 del C.P.Const., el juez observe la no inclusión *manifiesta* de un supuesto de hecho en el contenido constitucional de un derecho fundamental, podrá declarar improcedente *in límine* la demanda, sin ingresar a discutir el fondo del asunto.

11. En el presente caso, de la lectura de la demanda se desprende que si bien se alega que el acto lesivo ha consistido en el impedimento del ejercicio del derecho de suscripción preferente de acciones, derecho que, como ya dijimos, no estaría encuadrado dentro del catálogo de derechos fundamentales recogidos en la Constitución, de la misma lectura también se concluye que el mencionado impedimento tendría una conexión directa, dada la reducción del capital social a 0 (cero) de la empresa concursada, con el derecho a la propiedad y el derecho a la libre iniciativa privada conectado con el derecho de asociación. No se trataría, entonces, de verificar alguna cuestión relacionada con el ejercicio del derecho de suscripción preferente como derecho patrimonial –esto es de problemas del *quántum* de la suscripción o de la transferencia del mismo-, sino que lo que estaría en juego en el presente caso es el mismo derecho a la propiedad y a la libre iniciativa privada y asociación, pues ante la reducción del capital social a 0 y la imposibilidad de suscribir acciones por parte de los accionistas, en el

respectivo aumento de capital, la recurrente, así como los demás accionistas, vieron licuadas sus acciones, perdiendo en el acto su calidad de accionistas.

De este modo, si bien inicialmente la propiedad de las acciones y el valor que las mismas tienen o su representación como derechos políticos al interior de la sociedad, están sujetos a los vaivenes de la vida empresarial, donde el capital y el interés lucrativo de la sociedad son los que determinan los frutos de la propiedad accionaria, también es cierto que la sociedad comercial no puede pasar, de cualquier modo, por encima de los derechos individuales de los socios que la componen. En este contexto, este Tribunal considera que en el presente caso, si bien *prima facie* el derecho de suscripción preferente y las demás garantías establecidas por la ley para el aumento o reducción del capital social no pertenecen al contenido constitucional del derecho a la propiedad o libre iniciativa privada o asociación, ante circunstancias como la reducción del capital social a 0 y la pérdida total de las acciones y de la calidad de accionista, si se presentan razones para encuadrar estas garantías dentro del contenido constitucional de los derechos invocados por la recurrente justiciable.

Entonces la dificultad del caso radica en determinar la relación existente entre el derecho a la propiedad de las acciones y la libre iniciativa privada y asociación en el marco de un régimen societario o concursal y el derecho a la suscripción preferente como derecho de garantía del mismo, en la hipótesis de reducción a 0 (cero) del capital social. Esto es, la inclusión de dicho derecho de suscripción preferente en el ámbito ius-fundamental de los derechos invocados, en el caso concreto. Como dicha inclusión no puede determinarse *prima facie*, sino después de un examen relacional y fáctico de los derechos en juego; en el presente caso, para la determinación de la procedencia del amparo, de acuerdo a la exigencia establecida en el inciso 1 del artículo 5 del C.P.Const., bastará con la verificación de un contenido inicial de los referidos derechos, como es en el presente caso el derecho a disponer de la propiedad sin interferencia estatal o de terceros y el derecho a pertenecer a una sociedad cualquiera ejerciendo a través de ella una actividad económica. Como ya se dijo, dicha vulneración ha sido alegada en el presente caso, pues, al haberse seguido un procedimiento irregular que habría impedido el ejercicio del derecho de suscripción preferente de la accionista recurrente, luego de la reducción del capital social de la empresa concursada Chiquitoy S.A. a 0 (cero) y el posterior aumento del mismo, los derechos a la propiedad y la libre iniciativa privada y asociación, en estas dimensiones reconocibles *prima facie*, estarían en discusión en la presente causa.

2.2. La existencia de una vía procesal específica igualmente satisfactoria como causal de improcedencia en el presente caso. Su interpretación desde la dimensión objetiva del proceso de amparo

12. Un aspecto que, a través de una cada vez más consolidada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha considerado trascendente a la hora de admitir a discusión y debate una controversia, es el tema de la función o dimensión objetiva de los procesos constitucionales (STC 4587-2004-AA/TC, caso Santiago Martín Rivas, en cuyo fundamento jurídico 19 se sostiene que: “Finalmente, y no en menor medida, el rechazo liminar de la demanda tampoco ha impedido que este Tribunal, después de percatarse que los derechos de las partes hayan quedado salvados, expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la *controversia era de notoria trascendencia nacional* y, por tanto, de *alcances que trascendían al caso concreto*”. STC 6204-2006-PHC/TC, caso Chávez Sibina, donde en los fundamentos jurídicos 5 y 6 el TC afirmó que “Este criterio jurisprudencial establecido por el Tribunal Constitucional [la improcedencia del hábeas corpus contra actos del Ministerio Público], no obstante, debe ser aplicado considerando, permanentemente, el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es decir, atendiendo a la tutela del principio de supremacía jurídica de la Constitución y a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; además de las *circunstancias objetivas* que rodean la controversia a resolver. En tal sentido, si bien en el presente caso no se configura una afectación concreta a la libertad personal del recurrente, el Tribunal Constitucional estima pertinente ingresar a resolver el fondo de la controversia

planteada por dos razones esenciales. En primer lugar, en atención al tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según el cual "(...) el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales", y del principio de economía procesal; en segundo lugar, por la *relevancia jurídica de la pretensión propuesta* por el demandante que está relacionada con el control constitucional de los actos de investigación prejurisdiccional del Ministerio Público; *vacío legal que le corresponde definir al Tribunal Constitucional*, a efectos de dilucidar la tutela o no del derecho que invoca el recurrente, en tanto supremo intérprete y guardián de la supremacía jurídica de la Constitución y de los derechos fundamentales"). En efecto, esta dimensión del proceso constitucional, sin anular la dimensión subjetiva tutelar de un proceso de la *jurisdicción constitucional de la libertad*, incorpora una concepción que difiere en grado sumo de la concepción clásica del proceso acuñada por la Teoría General del Proceso.

Como el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de precisar, el Derecho Procesal Constitucional asume, por la especial finalidad que ostenta, unos rasgos o características diferenciadas del Derecho Procesal General. Así, el Derecho Procesal Constitucional, como *derecho constitucional concretizado* o bajo la *concepción instrumental* que le otorga la moderna doctrina procesal, propugna, en atención a la tutela efectiva de los derechos fundamentales y de la supremacía constitucional, la configuración especial de determinadas instituciones procesales y la apertura del proceso hacia nuevos cauces. En esta línea de razonamiento, uno de los aportes más significativos que esta rama procesal ha incorporado al ordenamiento jurídico es la posibilidad de ponderar el proceso más allá de su estricto rol de solución pacífica de conflictos inter-partes, aunando a su objeto la necesaria estabilización del ordenamiento jurídico a través de la actividad interpretativa. En este contexto, el proceso no sólo cumple su finalidad en la resolución de los intereses subjetivos planteados al interior del proceso, sino que extiende su *thelos* a la ordenación y pacificación de un conflicto derivado de la ausencia o deficiencia de regulación jurídica concreta.

Un caso paradigmático de la función objetiva del proceso constitucional es el regulado en el artículo 1 del C.P.Const., donde se establece que aun cuando el interés subjetivo de la parte ha desaparecido, por irreparabilidad del daño sufrido o por cesación de la agresión, el amparo puede declararse fundado. Y es que aun cuando ya no hay un interés subjetivo que proteger, lo que significaría para el procesalismo clásico el decaimiento del objeto del proceso, la dimensión objetiva del proceso, que el derecho procesal constitucional incorpora, importa también la tutela del interés objetivo de la sociedad, representado por la determinación que el juez constitucional deba realizar de la conducta lesiva del derecho fundamental. Dicha determinación permitirá ordenar la conducta del funcionario o persona emplazada con el amparo e impedirá la comisión de una nueva lesión, además de orientar el correcto desempeño de otras autoridades o particulares, según los contenidos fundamentales determinados en la sentencia.

13. En lo que se refiere a la evaluación de la procedibilidad de la demanda, como ya se adelantó, la dimensión objetiva del amparo adquiere también trascendental importancia. Y es que si bien desde una perspectiva subjetiva de evaluación de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., el amparo sólo procede cuando el demandante no cuente con otra vía procesal específica igualmente satisfactoria para la protección de sus derechos constitucionales amenazados o vulnerados, lo cual implica la concurrencia de dos requisitos copulativos: la existencia de una vía específica (existente en casi todos los casos) y la satisfacción paritaria de dicha vía respecto al amparo (lo cual se determina, entre otras cosas, por la capacidad que ese cauce procesal tenga para atender temas de urgencia); desde una perspectiva objetiva del amparo, dicha exigencia se diluye.

Y es que el interés que estará en juego en el proceso ya no será solo el interés de la parte reclamante del amparo o, en todo caso, de la contraparte demandada, merced a lo cual, si existe otra vía para satisfacer su pretensión que sea igualmente satisfactoria, la demanda

deberá ser encauzada a través de ésta; sino que el interés primordial, que se suma al del amparista será el interés de la sociedad de obtener una solución adecuada a un problema de relevancia constitucional que no ha sido definido con anterioridad o que lo ha sido pero de modo defectuoso y contradictorio y que requiere, por tanto, un pronunciamiento en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

14. En esta línea de razonamiento, este Tribunal considera que desde una interpretación en clave objetiva del proceso de amparo, no puede considerarse como una vía específica igualmente satisfactoria a la vía judicial ordinaria, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., y es que cuando exista un tema de relevancia constitucional que requiera un pronunciamiento en la jurisdicción constitucional, sea por motivos de ausencia de pronunciamiento o de deficiencias, incoherencias y contradicciones en la misma, la vía procesal del amparo se convierte en la vía que debe activarse para la resolución de la controversia constitucional suscitada.
15. En el caso *sub exámine*, si bien este Colegiado considera que de acuerdo a una perspectiva estrictamente subjetiva de interpretación del artículo 5, inciso 2 del C.P.Const., la improcedencia de la demanda podía postularse, como en efecto se hizo por las dos instancias previas, y es que según el artículo 132 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal, el proceso específico para la discusión de materias concursales es el proceso contencioso administrativo; desde una lectura objetiva del proceso de amparo como la aquí planteada, apreciamos que en el presente caso existe una necesidad de pronunciamiento, dada la ausencia de regulación de las condiciones mínimas de legitimidad constitucional de una especialísima operación societaria como la operación “acordeón”, máxime si dentro de las funciones constitucionales del Tribunal Constitucional se encuentra la interpretación definitiva del ordenamiento constitucional y la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

En efecto, en el presente caso la exigencia de pronunciamiento es atendible cuando se aprecia que la determinación de la relación entre el derecho de suscripción preferente y el derecho a la propiedad y la libre iniciativa privada y asociación, planteado como problema constitucional, está condicionada por un supuesto de hecho en el régimen societario y concursal de suyo excepcional: la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero) y su posterior aumento, operación sobre la cual la Ley 26887, Ley General de Sociedades, guarda silencio absoluto. La posibilidad de reducir el capital social de una empresa a 0 (cero), incide gravemente en el derecho de propiedad de los accionistas y en su derecho a la asociación e iniciativa privada; por lo que la determinación de la legitimidad constitucional de esta operación y en todo caso, las condiciones bajo las cuales debe operar, es de vital importancia no sólo en la resolución de la presente controversia, sino en el funcionamiento regular de las sociedades comerciales y en el respeto de los derechos de los accionistas minoritarios.

16. Es preciso apuntar que si bien la posibilidad de reducción del capital social a 0 (cero) es un tema que inicialmente debería estar encuadrado dentro de la legislación societaria o concursal o, en todo caso, dejarlo a la decisión de los órganos de gobierno de las sociedades comerciales, en el marco de su autonomía estatutaria; desde una óptica constitucional, la regulación de las condiciones mínimas en que dicha reducción debe operar para no vulnerar o para incidir menos intensamente en los derechos fundamentales de los accionistas a la propiedad, la asociación y la libre iniciativa privada, es una exigencia palmariamente necesaria, sobre todo teniendo en consideración la ausencia de regulación legal específica de este supuesto en nuestro ordenamiento jurídico.

En dicha tesitura, la concreción de las condiciones mínimas de producción de un acto societario como el mencionado, no asume la forma de una invasión en la competencia legislativa o privada de configuración del régimen de las sociedades comerciales, sino que representa sólo un correlato de la función que ostenta el Tribunal Constitucional de interpretación del ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución. No se trata, en este sentido, de sustituir al legislador o al particular en el ejercicio de sus competencias para

configurar las relaciones en el plano social, sino de asegurar que todo orden de relaciones, civiles, comerciales, laborales, etc. se halle en armonía con el conjunto de principios y valores que la Constitución recoge.

La función que el Tribunal Constitucional ostenta en la “constitucionalización” del orden jurídico no se agota, pues, en la declaración de incompatibilidad constitucional de normas legales o infralegales con la Constitución, sino que, ante la ausencia de regulación legal de alguna situación que incide directamente en el ejercicio de los derechos fundamentales, este Colegiado se encuentra obligado a integrar o complementar el ordenamiento jurídico a fin de cumplir el imperativo constitucional contenido en el artículo 139, inciso 8 de la Constitución de no dejar de impartir justicia en un caso concreto, por vacío o deficiencia de la ley; así como en cumplir su obligación constitucional de impedir la vulneración permanente y sistemática de los derechos fundamentales derivados de la omisión legislativa (*deber de protección*).

A mayor abundamiento, es necesario recordar que en el marco de la comprensión actual de la eficacia directa y de la vinculación general de los derechos fundamentales, ante la presencia de una situación fáctica que produzca su amenaza o vulneración, el juez constitucional se encuentra en la obligación de adoptar las medidas necesarias a fin de interdictar dicho estado inconstitucional. Una interpretación en sentido contrario significaría afirmar que los derechos fundamentales valen no por su incorporación en la Constitución, sino por su reconocimiento a través de la ley; comprensión que desconoce el valor jurídico de la Constitución y que nos remonta a la valoración decimonónica de los derechos fundamentales como meras declaraciones retóricas de buena voluntad, desprovistas de toda eficacia jurídica.

17. En este contexto, más allá de la determinación de la legitimidad constitucional del modo como operó en el presente caso la reducción del capital social a 0 (cero), importa también determinar las condiciones mínimas de un ejercicio constitucionalmente adecuado de la llamada “operación acordeón”, por lo que en el presente caso se justifica la admisión del amparo, desde una interpretación objetiva de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const.

2.3. Otras cuestiones procesales relevantes

18. No obstante haber establecido la procedencia de la demanda en atención a la relevancia constitucional del caso, lo cual supone una lectura objetiva de la causal de improcedencia establecida en el artículo 5, inciso 2 del C.P.Const; siguiendo la línea jurisprudencial precedente (STC 4587-2004-AA/TC, fundamentos 15 y 19) debe verificarse previamente si en el caso concreto se han respetado los derechos fundamentales de las partes en el proceso, especialmente el derecho de defensa de la parte emplazada. Ello en razón a que la finalidad objetiva de defensa de la Constitución no puede llevarse a cabo pasando por encima de los derechos fundamentales de las partes en el proceso, pues ello significaría, además de una contradicción en sus propios términos, una instrumentalización de la persona demandante o demandado, inadmisibles en el marco de un Estado Constitucional.
19. En el caso *sub exámine*, se aprecia que la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A., además de haber participado en sede administrativa absolviendo el traslado de la impugnación efectuada por la recurrente ante el tribunal de INDECOPI, mediante escrito de fecha 5 de junio del 2007 en la cual expresó no haberse impedido el ejercicio del derecho de suscripción preferente de la demandante (fojas 207-211 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), también ejerció su derecho de defensa en el presente proceso constitucional. Ello se desprende, en primer lugar, de la notificación efectuada del recurso de apelación de fecha 14 de abril del 2008, donde se le puso en conocimiento del proceso, además de la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad que declaró improcedente la demanda de amparo (fojas 437, 438 y 439 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). Posteriormente, la misma empresa efectuó el apersonamiento correspondiente

ante la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, mediante escrito de fecha 6 de agosto del 2008, donde señaló domicilio procesal y solicitó se le notifique de las resoluciones emitidas en la instancia (fojas 94 del cuaderno de la Corte Suprema). Asimismo, mediante resolución de fecha 4 de septiembre del 2008 se dio por notificada a la empresa emplazada de la vista de la causa realizada el 17 de septiembre del mismo año (fojas 140 del cuaderno de la Corte Suprema). Igualmente, se le notificó de la resolución de la Corte Suprema que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda (fojas 147 del cuaderno de la Corte Suprema). Por último, en sede del Tribunal Constitucional la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. se apersonó mediante escrito de fecha 19 de enero del 2009, fijando domicilio procesal y solicitando la notificación de las respectivas resoluciones (fojas 03 del cuaderno del Tribunal Constitucional); y mediante escrito de fecha 20 de marzo del 2009, solicitó el uso de la palabra para informar oralmente en la causa (fojas 22 del cuaderno del Tribunal Constitucional).

Por su parte, el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A. también fue parte en sede administrativa, esgrimiendo al igual que la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. el ejercicio extemporáneo del derecho de suscripción preferente por parte de la demandante (escrito de fecha 12 de junio del 2007, de fojas 147 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). En sede judicial, también conoció del proceso, siendo notificado del recurso de apelación, y de la resolución que declaró improcedente la demanda en segunda instancia (fojas 473-477 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; fojas 146 del cuaderno de la Corte Suprema). Además, se apersonó en sede de la Corte Suprema y solicitó el uso de la palabra en la vista de la causa (escrito de fecha 18 de agosto del 2008, de fojas 121 del cuaderno de la Corte Suprema). Finalmente, en sede del Tribunal Constitucional, mediante escrito de fecha 16 de enero del 2009 se apersona a la instancia, señala domicilio procesal y solicita el uso de la palabra (fojas 10 del cuaderno del Tribunal Constitucional), derecho que finalmente ejerció en la Vista de la Causa de fecha 26 de marzo del presente año en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo en la ciudad de Pucallpa en la referida fecha.

El Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. (FODINSA) si bien no intervino en el procedimiento administrativo, sí conoció del proceso constitucional de amparo, pudiendo en diversos momentos ejercer su derecho de defensa. Así, fue notificada de la apelación interpuesta por la recurrente, conjuntamente con la resolución de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad que declaró improcedente la demanda (fojas 435, 436 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad). Del mismo modo, se le puso en conocimiento de la resolución de la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema que confirmando la apelada declaró improcedente la demanda de amparo (fojas 154 del cuaderno de la Corte Suprema).

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia, aun cuando técnicamente no constituya parte del presente proceso, en cuanto las resoluciones que emitió no son *strictu sensu* las que contienen el acto reclamado, sino simplemente las que han cumplido el requisito de la vía previa; también ha tenido conocimiento del presente proceso, tal como se desprende de las notificaciones efectuadas tanto de la apelación de la recurrente justiciable como de la resolución de segunda instancia del presente proceso de amparo (fojas 434 y 436 del cuaderno de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad y fojas 155 del cuaderno de la Corte Suprema, respectivamente).

En defensa del Poder Judicial, dado que el recurso de agravio interpuesto fue dirigido contra una resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, y aun cuando esta situación no constituya razón para entender al Poder Judicial como parte procesal, se presentó el Procurador Público del Poder Judicial, quien se apersonó a esta instancia jurisdiccional y solicitó el uso de la palabra mediante escrito de fecha 13 de marzo del 2009 (fojas 14 del cuaderno del Tribunal Constitucional), derecho que finalmente

ejerció en la Vista de la Causa de fecha 26 de marzo del presente año en el Pleno Jurisdiccional llevado a cabo en la ciudad de Pucallpa en la referida fecha.

20. Como puede verse de los actos procesales reseñados, en el presente caso los demandados, además de tener conocimiento del desarrollo del proceso de amparo, tres de ellos ejercieron su derecho de defensa apersonándose al proceso e interviniendo en la vista de la causa, dando a conocer los argumentos contrarios a la pretensión de la justiciable recurrente del amparo. De lo expuesto en los respectivos informes orales, como de lo expresado por las empresas demandadas en el procedimiento administrativo, se desprende que el argumento básico de la contraparte es que el derecho de suscripción preferente de la señora Flor de María Ibáñez Salvador no se habría vulnerado, en tanto la demandante tuvo conocimiento, desde la publicación de los avisos de convocatoria, de la reducción y aumento de capital y de la posibilidad de suscribir acciones; que, lamentablemente, su intervención fue extemporánea, cuando ya se había acordado el aumento de capital por capitalización de crédito y la etapa de ejercicio de la suscripción preferente ya había precluido; que cuando el Presidente de la Junta expresó si existía por parte de los accionistas una propuesta distinta para reestructurar el capital, la señora Flor de María Ibáñez no intervino, con lo cual consintió la adopción del acuerdo de capitalización de créditos de clase C.
21. Por otro lado, es necesario dilucidar si en el presente caso, tal como lo afirmó la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, se ha presentado un supuesto de prescripción, de acuerdo a lo establecido en el artículo 44 del C.P.Const. A este respecto es necesario precisar que, de acuerdo a lo establecido por la citada norma, el plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los 60 días de producido el agravio constitucional; sin embargo, entre las reglas que establecen una situación excepcional a esta norma general se encuentra aquella que prescribe que, en el caso de agotamiento de vías previas, el plazo se empezará a contar desde que se emite la resolución que agota ésta. En el presente caso, si bien los Acuerdos de Junta de Acreedores impugnados son de fecha 6 de diciembre del 2006, la resolución de INDECOPI que agotó la vía administrativa fue notificada a la demandante el 11 de septiembre del 2007, con lo cual el plazo de 60 días hábiles para interponer el amparo, a fecha 7 de diciembre del 2007 en que se presentó la demanda, se cumplió en términos correctos.

§3. Cuestiones de fondo

3.1. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. El caso de las situaciones de “indefensión”

22. En primer lugar, es necesario establecer la eficacia que los derechos alegados por la actora ostentan en la relación jurídica dada entre ella y las empresas demandadas, dada la naturaleza de personas jurídicas de derecho privado de éstas. En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha sustentado la eficacia horizontal de los derechos fundamentales de una manera amplia y consolidada y lo ha hecho en base a tres órdenes de razones:
 - a) En primer lugar, en el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), en atención al cual “el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social que se exima de su efecto normativo y regulador, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, significaría negar el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con

la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales” (STC 06730-2006-PA/TC, fundamento 9).

En este contexto, la defensa de la persona humana y su dignidad, conforme lo establece el artículo 1 de la Constitución, no representa sólo el fin supremo del orden estatal, sino también el sustrato material de convivencia de la sociedad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional que ha calificado en reiteradas ocasiones a la Constitución no sólo como la norma fundamental del Estado, sino también como la Ley Fundamental de la Sociedad (STC 00976-2001-PA/TC, fundamento 5).

- b) Por otro lado, esta eficacia se ha sustentado en la obligación derivada del artículo 38 de la Constitución, que establece que todos los peruanos tienen el deber de “respetar” y “cumplir” la Constitución (STC 06730-2006-PA/TC, fundamento 9).
- c) Finalmente, esta eficacia también se ha postulado atendiendo a la concepción objetiva de los derechos fundamentales, que impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no sólo se encuentra el Estado, sino también los propios particulares (STC 00976-2001-PA/TC, fundamento 5).

Por su parte, a nivel procesal, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de establecer la *eficacia directa* de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privados*, esto es, el emplazamiento directo de un particular en la jurisdicción constitucional, en atención básicamente a la disposición contenida en el artículo 200, inciso 2 de la Constitución que establece: “la acción de amparo, (...) procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o *persona*”.

- 23. Aun cuando este Tribunal no ha efectuado una disciplina sistemática de los supuestos en los cuales se presenta un caso de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, admitiendo casuísticamente temas relacionados con derechos laborales (STC 206-2005-PA/TC), salud y medio ambiente (STC 964-2002-AA/TC), protección del honor (STC’s 748-2000-AA/TC, 905-2001-AA/TC y la 3512-2005-AA/TC) y debido proceso (STC 2279-2003-AA/TC), entre otros; de cara a la resolución del caso concreto, es necesario ahondar en el fundamento de un caso particular de eficacia horizontal. Éste es el caso de las situaciones de indefensión.
- 24. En principio, las relaciones entre particulares se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, por el cual cada parte de una relación contractual decide autónoma y libremente comprometerse con otra persona en la realización de determinadas prestaciones. Sin embargo, la idealización o generalización de una sociedad donde las personas intercambian libremente bienes jurídicos y materiales y donde los compromisos contractuales a los cuales se sujetan son adoptados en pleno ejercicio de su autonomía, constituye hoy en día y, a la luz de una larga experiencia histórica, una postura desencajada de la realidad y que, más bien, puede ocultar un sistema injusto de relaciones donde la persona más débil puede sucumbir en sus derechos e intereses ante el más fuerte. Por ello, se considera que en el ámbito de las relaciones entre particulares puede presentarse, además de una justa y equitativa relación sinalagmática establecida entre personas en pleno ejercicio de su autonomía, una relación injusta de imposición de condiciones de una parte sobre otra, explicable sólo por el poder político, social o económico que una de las partes puede ostentar o ejercer de hecho sobre la otra. Cuando dichas imposiciones son producto de una relación jurídica establecida entre dos personas, donde una de ellas tiene un poder de mando o dirección sobre la otra que debe obedecer los mandatos impelidos, se produce una afectación ius-fundamental por “*subordinación*”. Por otro lado, cuando estas imposiciones son efectuadas simplemente en mérito a que una de las partes ejerce “de hecho” un poder sobre la otra parte sin que ésta tenga la posibilidad o los medios de resistir, se produce una afectación ius-fundamental por

“indefensión”. En este segundo supuesto, el concepto clave radica en la “ausencia de medios” y su determinación se realiza caso por caso, en base a la evaluación concreta y relacional de las situaciones observadas.

25. En el presente caso, es preciso tener en cuenta el concepto de “indefensión”, en tanto el examen de las relaciones entre la sociedad comercial y el socio debe tener en cuenta el hecho de que en una sociedad comercial los acuerdos a los cuales se sujetan los socios se adoptan por mayorías, las cuales en ejercicio de su poder económico pueden adoptar decisiones que vulneren o afecten en distintos grados los derechos fundamentales, sin que el socio o accionista minoritario tenga la posibilidad de resistir. Así, puede presentarse en determinadas circunstancias, sobre todo cuando la Ley General de Sociedades no recoge el derecho de oposición de los accionistas e, incluso aun cuando lo recoja, que una decisión de la mayoría accionarial afecte gravemente los derechos de los accionistas minoritarios, remediable sólo a través de los recursos judiciales respectivos.

3.2. La Constitución Económica y los derechos fundamentales económicos a la propiedad y la libre iniciativa privada

26. En el presente caso, a efectos de determinar los criterios de legitimidad constitucional de la operación societaria denominada “operación acordeón” y de establecer, luego, la validez constitucional de los acuerdos de Junta de Acreedores impugnados por la parte demandante, es necesario precisar primero los principios y contenidos ius-fundamentales que rigen e inspiran el régimen económico recogido en nuestra Constitución. Y es que, como se ha planteado en el fundamento 12 de la presente sentencia, el caso sub-litis se presenta como un caso de *desenvolvimiento económico* de una sociedad, sujeta por cierto a los intereses crematísticos de la sociedad, los socios y, en el presente caso, también de los acreedores. Sin embargo, como se verá en el presente acápite, una *doctrina constitucional de la economía y el mercado* comporta exigencias que van más allá de la simple ecuación dineraria de quienes intervienen en las operaciones económicas, y que se concretizan no sólo en un equilibrio buscado entre los intereses de los agentes económicos (*economía de mercado*) y los intereses de la sociedad en general (*economía social de mercado*), sino en el respeto estricto de los valores y principios que inspiran el propio régimen de *economía abierta*. En este contexto, será necesario determinar, primero, cuáles son los principios esenciales que constituyen el sustrato de nuestra “*Constitución Económica*”, para arribar luego a la determinación de los derechos fundamentales económicos en los cuales se concretiza dicho “*modelo económico constitucional*”.
27. Bajo este norte, el presente capítulo adquiere especial relevancia, por cuanto los principios económicos de la Carta Fundamental no sólo configuran el rol del Estado en la economía, orientando su acción hacia la corrección de las deficiencias del mercado, sino que inspiran un modo de actuar en las relaciones de carácter económico, dadas fundamentalmente entre particulares, no sólo instrumental o mercantil, sino también ética y basada en la dignidad de la persona y el libre desenvolvimiento de su personalidad.

En esta línea de argumentación, el Tribunal Constitucional ha sido enfático al sostener que el terreno económico requiere también de un *elan* constitucional que inspire y garantice que el principio-derecho de la dignidad humana se patentice incluso –y quizás aún más– en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares. Así, este Tribunal ha sostenido que:

“No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que en dichas críticas subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado.

Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía.

En efecto, así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia” (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 3).

3.2.1. El modelo ius-fundamental económico en nuestra Constitución

28. Incorporado en la Carta Política de 1993, el capítulo sobre el “Régimen Económico” ha recogido expresamente un modelo económico constitucional definido como “*economía social de mercado*”. Este modelo ius-fundamental económico busca asegurar la competencia, estimulando el desarrollo de la capacidad productiva individual, con el objeto no sólo de estimular la creación de riqueza, sino de contribuir al progreso social, amén de resguardar celosamente un diversificado sistema de protección social de los sectores económicamente más vulnerables (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 16). Es decir, este sistema puede definirse escuetamente como un modelo de economía de mercado o economía abierta, con incrustaciones esenciales de un Estado social; representa, por tanto, la condensación histórica de los valores constitucionales de la libertad y la justicia.

Bajo este norte, el régimen económico incorporado en nuestra Constitución y que recoge la experiencia comparada de las principales constituciones de la segunda posguerra mundial, procura superar las fuertes limitaciones y deficiencias encontradas en los dos modelos antagónicos que históricamente trataron de regir el “modo de actuar económico”. En este contexto, ni el modelo de economía de *laissez faire* de marcada inspiración liberal que rigió la economía durante el siglo XIX, ni la economía fuertemente centralizada y estatalista que rigió la vida de muchas naciones durante el período de entreguerras y aún después de éste, en el siglo XX, dieron respuestas adecuadas y satisfactorias a la cuestión de un régimen económico adecuado para lograr tanto la acumulación de riqueza que lleve al progreso material de los pueblos, como la paz social que implica un régimen de economía justa y solidaria.

En esta línea, la economía social de mercado se presenta como una “tercera vía”, como un *tertium genus*, frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal, y que pone el acento en el estímulo de la iniciativa privada y en el libre desenvolvimiento de los agentes económicos con el objeto de producir riqueza y lograr el desarrollo del país, pero que complementa dicho accionar con los objetivos sociales de promoción del bienestar general y de igualdad material de las condiciones de vida tan necesarios en un Estado Social y Democrático de Derecho.

29. Sin embargo, para ser constitucionalmente admisible, el modelo de economía social de mercado no debe representar sólo la búsqueda de una eficiencia económica y social, que enfaticé sólo el logro de determinados objetivos económicos y sociales, sino que debe significar la cristalización del fundamento antropológico-cultural que late inexorablemente en toda Constitución como fuente primaria de todo su complejo plexo normativo, como es el principio-derecho de dignidad humana. En este contexto, antes de ingresar a desarrollar los principios que patentizan o concretan un modelo de “economía social de mercado”, es necesario acotar primero cómo este modelo económico complementa las exigencias básicas derivadas de este principio.
30. Este análisis será más necesario cuanto más se adentre en el fondo de la presente controversia, se observa que el respeto de determinados principios constitucionales como la libre iniciativa privada, la libre competencia, el derecho de propiedad, entre otros, responden a exigencias dogmáticamente incardinadas en valores superiores del más alto rango como la dignidad y la libertad humanas, que en todo momento pretenden ser preservados como

sustento constitucional de todo accionar estatal o particular. Como el Tribunal Constitucional ha sostenido en anterior oportunidad, “la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre” (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 14).

31. En este contexto, cuando la Constitución postula en su articulado la presencia de una economía de mercado con marcados perfiles de un Estado Social, el primer componente que trata de rescatar es la de una economía basada en la *libre iniciativa privada*. Es decir, el primer rasgo característico de este modelo es la confianza en la persona y en su capacidad, no sólo para producir creativamente riqueza y progreso material, sino para administrar responsablemente el bienestar y el auge económico producidos. En dicha línea, este modelo abandona un perfil de desarrollo económico vertical y autoritario, que descrea de la capacidad humana para “autorregularse”, y que, desde el Estado, todo lo planifica, lo dirige y lo determina, anulando las posibilidades de libre creación del espíritu humano y de libre y responsable manejo de los bienes económicos producidos. Tras un modelo de economía de mercado, caracterizado por el fuerte acento en las libertades económicas fundamentales y el rol subsidiario del Estado en la economía, late pues, también, un acendrado espíritu libertario que pretende el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y que dignifica a la persona, entregándole a ella la primera responsabilidad sobre su destino vital.

Bajo esta perspectiva, la economía de mercado no sólo constituye, como a veces desde una interpretación excesivamente simplista se cree, una forma de lograr acumulación de riqueza material mediante el éxito de los agentes económicos mejor dotados para competir en el mercado, sino que aspira a un *ethos* social donde la persona logre el pleno desenvolvimiento de su personalidad en armonía con el proyecto de vida de otras personas con las cuales comparte un entorno social de coexistencia. Es sólo bajo esta óptica que se comprende, como indicase líneas arriba, que el mercado no es un medio “natural” de desarrollo del hombre, sino básica y esencialmente un medio “cultural” de desenvolvimiento de su *psiquis* y un lugar donde también se concretiza plenamente el principio-derecho de dignidad humana. Es por ello, que el primer deber del Estado en el marco de una economía de mercado es salvaguardar el libre ejercicio de las libertades económicas contenidas en la Carta Fundamental, así como la interdicción de cualquier conducta estatal o particular que intente coartarlas, sin tener asidero en el respeto de otros principios y valores constitucionales o en el logro del bienestar general.

En este marco, un accionar del Estado que limite injustificadamente el libre desarrollo de una actividad económica privada o que la sesgue de modo arbitrario, prefiriendo a un agente económico sobre otro, sin base objetiva posible, o el accionar de un particular o de varios que, aprovechando de su poderío económico, menoscabe, también, el libre juego de los agentes económicos (*modelo patrimonialista económico*), no sólo significará la vulneración de los derechos económicos fundamentales recogidos en la Constitución, sino que representará, de la misma forma, la traición del espíritu libertario que el modelo de economía de mercado inscrito en la Constitución ostenta y con ello el desconocimiento del fundamento antropológico de dignidad humana que el mismo postula.

Visto desde una óptica humanista y cultural, el modelo de economía de mercado no genera, por tanto, en el Estado solamente obligaciones de abstención o no intervención en el libre juego de intereses económicos, como parece desprenderse de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución, que establece el rol subsidiario del Estado en la economía; sino que le impone también *prima facie* un deber constitucional de vigilancia, supervisión y control de una competencia leal y justa, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 61 de nuestro

Texto Fundamental, el cual ha proscrito el abuso de posiciones dominantes y monopólicas que impidan o restrinjan el libre desenvolvimiento de las personas en la economía.

32. Por otro lado, el segundo componente del modelo económico recogido en nuestra Constitución es el constituido por los elementos del Estado Social incorporados en nuestra Constitución Económica. Así, como ya se puso de manifiesto al abordar la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, si bien el actuar económico se rige fundamentalmente por las reglas de una economía abierta o de mercado, la Constitución, producto de una experiencia histórica acumulada, tampoco considera la sociedad –identificada como mercado– como el lugar idílico donde todo lo bueno se realiza a favor del individuo y su dignidad. Representa una realidad patente que el mercado genera grandes corporaciones y empresas que, merced a la gran capacidad económica que ostentan, pueden poseer un gran poder, el cual puede ser utilizado –como cualquier otro poder– contra las partes más débiles de las relaciones económicas, léase, trabajadores, pequeñas empresas, consumidores y usuarios. A la par de ello, una economía de mercado puede ocasionar también una serie de problemas sociales, como desigualdades en el reparto de la renta o de las utilidades, creando una brecha intolerable entre ricos y pobres.
33. Es por esta razón que el modelo de economía social de mercado incorpora una serie de elementos propios de un Estado Social, como la protección de los clásicos derechos sociales a la educación, salud, trabajo, entre otros; la incorporación de medidas de acción positiva con el fin de posibilitar la igualación económica de las clases menos favorecidas; la regulación del mercado laboral, fijando las condiciones mínimas de trabajo en las cuales deba desarrollarse la relación laboral.
34. Quien observe de modo minucioso el articulado que comprende nuestra Constitución Económica, podrá percatarse que junto a cada disposición que establece como primer principio la más amplia libertad en materia económica, existe un principio, no de signo opuesto sino complementario, que recoge los supuestos sociales de un Estado Social y Democrático de Derecho y que redundan también en la protección de la persona humana y su dignidad, como fundamento antropológico de todo el corpus constitucional.

3.2.2. Los derechos fundamentales económicos recogidos en nuestra Constitución

a) El derecho a la propiedad

35. Establecido en los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución, el derecho de propiedad es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

Sin embargo, tal como ha establecido este Colegiado en consolidada jurisprudencia, el concepto constitucional de propiedad difiere y, más aún, amplía los contenidos que le confiere el derecho civil. Así, mientras que en este último el objeto de la propiedad son las cosas u objetos materiales susceptibles de valoración, para el derecho constitucional la propiedad no queda “enclaustrada” en el marco del dominio y de los derechos reales, sino que abarca y se extiende a la pluralidad *in totum* de los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona y que, por ende, son susceptibles de apreciación económica (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 26), como son, por ejemplo, en el presente caso las acciones de una sociedad anónima.

Por ello, la comprensión constitucional de la propiedad comprende, *prima facie*, además la *garantía de indemnidad* o conservación de la integridad del patrimonio de la persona. La “inviolabilidad” de la propiedad a la que refiere el artículo 70 de la Constitución debe

interpretarse no sólo como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad, sino también como garantía de indemnidad. Así las cosas, el derecho de propiedad garantiza la conservación de la integridad del patrimonio de la persona y, por consiguiente, prohíbe la indebida detracción del mismo (STC 7364-2006-PA/TC, fundamento 6).

36. Desde otra perspectiva, en nuestro sistema constitucional la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la indemnidad de dicho derecho. En este contexto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional no implica el desconocimiento de las garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho.

En síntesis, el ejercicio del derecho a la propiedad importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

- El derecho de propiedad individual con el ejercicio del mismo por parte de los demás individuos.
- El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.
- El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.

b) Libre iniciativa privada

37. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58 de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17, artículo 2 del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.

3.3. El derecho de suscripción preferente de los accionistas. Finalidad y relevancia constitucional

38. Corresponde ahora ubicar, en un marco general, el derecho de suscripción preferente de los socios participantes en una sociedad comercial. Importa sobre todo, en este punto, determinar si el mencionado derecho de suscripción -cuya vulneración se alega en el caso sublitigado un encaje constitucional directo o si, por el contrario, representa simplemente una opción legislativa de protección de los derechos de los accionistas minoritarios, que no es exigible directamente desde la Constitución.

Para arribar a una respuesta constitucionalmente adecuada a este problema es necesario verificar cuál es la incidencia que la suscripción preferente tiene no sólo en la protección de la participación accionaria de los socios minoritarios, sino también en la relación que guarda con la propiedad que los socios ostentan sobre las acciones de la sociedad.

39. En primer lugar es necesario precisar que, como se ha establecido en el fundamento 36 de la presente sentencia, el concepto de propiedad que nuestra Constitución recoge en el artículo 70, no comprende sólo los bienes materiales, sino que incluye todos los bienes materiales e inmateriales que se encuentran formando parte del patrimonio de una persona. En este

contexto, si bien las acciones de una sociedad comercial no pueden considerarse como *bienes materiales*, de ello no puede desprenderse que no constituyan títulos que otorgan a su titular una serie de derechos tanto políticos (sobre la organización y funcionamiento de la sociedad), como económicos (parte del capital social de la sociedad, derecho a las utilidades de la empresa y título valuable económicamente) y que el Código Civil en su artículo 886, inciso 8 ha clasificado como *bienes muebles*. En esta perspectiva, la propiedad sobre las acciones de una sociedad comercial otorga a su titular el poder jurídico de usar, disfrutar, disponer y reivindicar este bien mueble e inmaterial, de acuerdo a las atribuciones inherentes a la propiedad, establecidas en el artículo 923 del Código Civil.

40. Desde la perspectiva del Derecho Comercial en general y del Derecho Societario en particular, las acciones cumplen tres funciones, en virtud de las cuales éstas pueden ser definidas de tres maneras distintas:

- a) En primer lugar, de acuerdo al artículo 82 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, la acción se define como *parte alícuota* del capital social.
- b) En segundo lugar, la acción también se define como un *derecho* genérico que otorga a su titular la potestad de intervenir en el funcionamiento y rentabilidad de la sociedad emisora, otorgando la calidad de *accionista* a la persona que la haya suscrito.
- c) En tercer lugar, de acuerdo al artículo 257 de la Ley 27287, Ley de Títulos Valores, la acción comercial está incluida dentro de los valores mobiliarios, en la modalidad de “valores representativos de derechos de participación”, es decir, la acción se define como el título que adquiere un valor económico en el mercado de valores, pues lleva incorporado derechos que benefician al poseedor del mismo.

En este contexto, las funciones que cumplen las acciones, determinadas en los incisos a) y c), nos indican que la vinculación del titular a la propiedad sobre la participación accionaria, no solamente redundará en los derechos políticos sobre la gestión de la empresa, es decir en la condición del accionista como componente de la sociedad comercial, sino que incidirá directamente sobre la titularidad de determinados valores económicos que forman parte del patrimonio de la persona; por lo que la intervención en la esfera de la propiedad del titular de una acción societaria significará la vulneración del atributo constitucional de la propiedad, tal y como está recogido en el artículo 70 de la Carta Fundamental.

41. En lo que respecta al derecho de suscripción preferente de acciones, éste se define como el derecho otorgado a los accionistas de suscribir, a prorrata de su participación en el capital social, las nuevas acciones que la sociedad emita en cualesquiera operación. La Ley General de Sociedades ha recogido este derecho en el artículo 207, en el cual ha prescrito que: “En el aumento de capital por nuevos aportes, los accionistas tienen derecho preferencial para suscribir, a prorrata de su participación accionaria, las acciones que se creen. Este derecho es transferible en la forma establecida en la presente ley”.

El derecho de suscripción otorga al accionista una preferencia en la adquisición de las nuevas acciones emitidas producto, por ejemplo, de un aumento de capital social. Su finalidad, por tanto, *prima facie*, es la conservación de su participación relativa en el capital social; de lo cual se desprende, según las funciones que tiene la acción, dos consecuencias:

- a) Mantiene al accionista en la misma posición política que ostentaba en la sociedad antes del aumento. Tiene como objeto, en este contexto, que el accionista continúe ostentando el mismo poder de vigilancia y disposición política en las decisiones de la sociedad.
- b) Permite, en segundo lugar, que el accionista continúe disfrutando del mismo porcentaje en la distribución de los dividendos de la sociedad.

42. Desde un punto de vista societario, la suscripción preferente de acciones representa una opción legislativa de favorecimiento de los intereses del accionista sobre los de la sociedad. La inclusión de este mecanismo legal comporta la posibilidad de mantener a los primigenios accionistas en el control de la sociedad, dada la preservación de su porcentaje accionario y restringe la oportunidad de dominio a nuevos accionistas que deseen ingresar a la sociedad, con aportes de capital elevados. Esta opción del legislador peruano, presente también en legislaciones comparadas, tiene especial importancia en sociedades anónimas cerradas, donde el número de accionistas no es mayor, y donde el control de la sociedad o empresa por los socios es más directa que en sociedades anónimas abiertas. En estas últimas, por el contrario, el legislador peruano ha previsto la posibilidad de excluir por vía estatutaria el derecho de suscripción preferente, aunque siempre con el respeto de ciertos requisitos y siempre que no se privilegie el interés de los accionistas mayoritarios (artículo 259 de la Ley General de Sociedades); con lo cual ha optado por darle mayor flexibilidad a la sociedad y a sus directores, para captar el capital existente en el mercado, privilegiando la posición de la sociedad comercial en su conjunto como entidad económica productiva sobre los intereses de los accionistas individualmente considerados.

En este orden de ideas, en la doctrina se ha destacado que el principal objeto del derecho de suscripción preferente es la defensa de los derechos políticos del accionista antes que sus derechos económicos. Y ello es así, porque el otorgamiento de beneficios económicos producto de la participación accionaria no es una consecuencia necesaria de dicha condición, pues bien cabe que en algunos casos la sociedad pacte el no reparto de dividendos o utilidades entre los accionistas; con lo cual, la adquisición de las nuevas acciones emitidas por la sociedad sólo asegura el mantenimiento del estatus político y no la mejora de los réditos económicos producto del grado de participación en el capital social.

43. Por otro lado, un punto que debe quedar claramente definido, a efectos de ir arribando al núcleo medular de la presente controversia, es el referido a la relación entre el derecho de suscripción preferente y la propiedad sobre las acciones societarias. Como ya se ha precisado, el artículo 82 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, define a la acción como *parte alícuota* del capital social, lo cual supone que cada acción posee el mismo valor, que puede ser, en términos económicos, elevado o meramente simbólico. El accionista es la persona titular de unas acciones determinadas de la sociedad, las que en su número específico van a determinar el porcentaje de acciones que dicho accionista posee, con todas las consecuencias sobre los derechos políticos y económicos que dicho porcentaje genera. Todo ello significa que la propiedad que el accionista tiene es aquella que ejerce sobre un “número determinado de acciones” (pueden ser por ejemplo, 100 acciones). Cuestión distinta es el porcentaje que dicho número de acciones represente en el capital social y que es lo que va a determinar la posición política y económica del accionista en la sociedad.

Tenemos entonces que mientras que el “número de acciones determinadas” (100, por ejemplo) que corresponde a un accionista puede permanecer invariable, es decir permanece dentro de la esfera de propiedad de dicho accionista, con todas las cualidades que de ello se deriva (uso, usufructo, disposición y reivindicación), el porcentaje que dicho “número de acciones determinadas” represente en el capital social (25%, por ejemplo) es un guarismo variable. Así, mientras la titularidad sobre ese “número de acciones determinadas” sólo puede desaparecer por propia voluntad del accionista, a través de la renuncia o la transferencia, por ejemplo, y sólo excepcionalmente cuando opera una reducción del capital social (caso en el cual, el número de acciones de cada accionista se reduce por igual, en función a su participación); el porcentaje accionario puede variar en función justamente al desenvolvimiento económico de la sociedad y a la confrontación de intereses pecuniarios entre los accionistas. De este modo, si la sociedad decide expandirse y para ello aumenta el capital social, emitiendo nuevas acciones, la compra de estas nuevas acciones determinará el nuevo porcentaje o participación de los accionistas dentro de la sociedad.

De todo ello puede colegirse que, la incidencia del derecho de suscripción preferente, *prima facie*, no se produce sobre la propiedad de las acciones, en tanto el “número determinado de éstas” en cabeza de un accionista determinado permanecerá invariable luego de una operación de aumento de capital, por ejemplo; sino que la relación de la preferencia en la suscripción se da en el derecho expectatio a seguir manteniendo la misma participación accionarial que se tenía antes de la operación de aumento de capital. El derecho de suscripción preferente, en consecuencia, incide directamente en la función política y económica del guarismo porcentual accionarial, mas no en la propiedad que el accionista tiene sobre “el número determinado de sus acciones”.

44. Desde un punto de vista constitucional, por tanto, el derecho de suscripción preferente no halla encaje constitucional *prima facie* en el derecho de propiedad, en tanto no constituye un atributo que tenga como finalidad preservar alguna de las cualidades de la propiedad sobre las acciones. Más bien, este derecho podría quedar encuadrado en el marco constitucional del derecho a la *libre iniciativa privada*, que hemos definido en el fundamento 32 de la presente sentencia como base de nuestro modelo ius-fundamental económico de *economía social de mercado* y que no significa otra cosa que la potestad otorgada a cualquier persona de poder intervenir con la actividad económica de su preferencia en la vida económica del país. Como hemos visto, en el fundamento 43 de la presente sentencia, el derecho de suscripción preferente supone una protección del accionista primigenio quien podrá preservar su nivel de participación en el ámbito político y económico de la sociedad, aún cuando ingresen nuevos accionistas a la sociedad. En este sentido, puede considerarse al mecanismo de la suscripción preferente como una forma de protección especial del accionista primigenio y, en algún sentido, minoritario de una sociedad comercial. De este modo, bien puede afirmarse que el ordenamiento jurídico provee a la persona que ingresa en el ámbito de las sociedades comerciales para formar una empresa, una norma de seguridad jurídica y una posición preferente, en base a la cual el agente económico puede desarrollar el curso de su accionar económico.

Sin embargo, como ya se sostuvo en el propio fundamento 43, este derecho de suscripción preferente representa una opción legislativa por la protección de los intereses de los accionistas originarios o minoritarios, contra los intereses de la sociedad comercial que, en sentido contrario, bien podría requerir la inyección de fuertes sumas de capital de agentes económicos externos. Además, en sociedades anónimas abiertas, como también ya hemos tenido ocasión de apreciar, bien puede suceder que se opte por un sistema de no preferencia en la suscripción, con el objeto de dinamizar aún más el desenvolvimiento económico de la sociedad comercial. En este marco, consideramos que el derecho de suscripción preferente si bien guarda encaje constitucional en el derecho a la libre iniciativa privada, no constituye una posición jurídica que se derive necesariamente de este derecho fundamental. En otras palabras, si bien la suscripción preferente guarda un grado de relación con la libre iniciativa privada, no es una exigencia necesaria de este derecho que se desprenda desde su propio núcleo constitucional. Por el contrario, bien puede el legislador disponer la supresión de este mecanismo legal de protección del accionista originario, optando por otro esquema de estímulo de la iniciativa privada, sin que ello constituya una vulneración de este derecho fundamental, base de nuestra Constitución Económica.

Ello quiere decir que tampoco, desde la perspectiva del derecho a la libre iniciativa privada, *prima facie*, el derecho de suscripción preferente ostenta un sustento constitucional directo o lo que es lo mismo, la potestad que atribuye puede postularse como un contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libre iniciativa privada, amén que tampoco lo es, como ya vimos, del derecho a la propiedad.

Ello no significa, desde luego, que una vez incorporado el derecho de suscripción preferente en el ordenamiento jurídico, a nivel de la legislación ordinaria, su regulación y ejercicio no deba estar enmarcado dentro de la regularidad, legalidad y razonabilidad de que todo acto estatal debe estar premunido. Sólo quiere decir, en todo caso, que dicha regularidad sólo

puede ser verificada en un proceso judicial ordinario, donde se observe el cumplimiento de los requisitos de ejercicio del mencionado derecho y que están comprendidos en los artículos 208 al 211 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades y que, primariamente, también deben respetar los contenidos del debido proceso corporativo particular y del principio de interdicción de la arbitrariedad. Sin embargo, al margen de lo que pueda alegarse como afectación de estos dos últimos principios constitucionales, no puede invocarse en un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales como es el amparo, la afectación autónoma del derecho de suscripción preferente como un derecho protegido en vía constitucional, en tanto que en el sentido que hasta aquí hemos abordado, éste no forma parte de concretos derechos de naturaleza ius-fundamental como la libre iniciativa privada o el derecho de propiedad.

45. Este Tribunal considera, sin embargo, conforme ya se adelantó en el fundamento 5 de la presente resolución, que la determinación del contenido de un derecho fundamental o su afectación no puede realizarse en abstracto, sin tener en cuenta las circunstancias concretas y fácticas del caso o controversia constitucional concreta. De este modo, una posición jurídica determinada (como en este caso el derecho de suscripción preferente) si bien puede quedar fuera del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, consideradas sus propiedades en abstracto, una vez confrontadas dichas propiedades o cualidades con las exigencias del derecho fundamental en el caso concreto, dicha posición jurídica puede adquirir una relevancia tal en la protección del bien jurídico constitucional que termine ingresando en la esfera de su núcleo constitucional directamente exigible.
46. En el presente caso, existe un elemento que visto en perspectiva global puede variar el significado y alcance constitucional del derecho de suscripción preferente. Es decir, si bien *prima facie* y en condiciones normales, el derecho de suscripción preferente no tiene incidencia constitucional directa en el derecho de propiedad y en el derecho a la libre iniciativa privada, esto es, el contenido inicial de estos derechos no registra en su núcleo constitucional la propiedad jurídica de la suscripción preferente; enfrentado dicho derecho a una circunstancia de especial incidencia y gravedad en el desarrollo económico de una sociedad comercial, como es la reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social, en una operación que se ha denominado como “operación acordeón”, su contenido específico puede llegar a tener una acentuada importancia y relevancia en el ejercicio de los mencionados derechos a la propiedad y la iniciativa privada.

Es decir, en lo que sigue se tratará de indagar si el derecho de suscripción preferente por fuerza de una circunstancia excepcional puede pasar a formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de propiedad y la libre iniciativa privada, amén de una afectación adicional que pueda hallarse sobre el derecho de asociación.

3.4. La reducción a 0 (cero) del capital social y la operación “acordeón”. Características de su adopción e incidencia en los derechos fundamentales a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación

47. Uno de los casos excepcionales en que la Ley General de Sociedades establece la afectación de la propiedad de los accionistas es el caso de la reducción del capital social, supuesto regulado en los artículos 215 al 220 de la mencionada ley. En este caso, la Ley ha establecido un mecanismo para proteger la regularidad y la permanencia de la sociedad comercial, lo cual se presenta como un bien mayor frente a la intangibilidad del patrimonio de los accionistas. En efecto, tal y como se establece en la Ley General de Sociedades, cuando se produce una situación de desequilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad o cuando se produzcan pérdidas que superen un determinado monto, la sociedad puede proceder a la reducción de su capital social. Esta reducción puede afectar el patrimonio de los accionistas de dos formas: o puede disminuirse el número de sus acciones a prorrata de su participación accionaria o puede disminuirse el valor nominal de cada acción. En ningún caso pueden existir diferencias en la disminución del patrimonio de los accionistas; de allí el carácter racional y proporcionado de esta medida de restricción. Así lo ha establecido el artículo 217 de la Ley

General de Sociedades que al respecto ha prescrito: “La reducción debe afectar a todos los accionistas a prorrata de su participación en el capital sin modificar su porcentaje accionario”.

Desde una óptica constitucional puede afirmarse que la intervención sobre el patrimonio de los accionistas (sobre la propiedad de sus acciones) reviste una afectación leve o medianamente intensa, según el grado en que se reduzcan el número de las acciones o el valor de las mismas; sin embargo, dicha afectación resulta justificada en razón a la regularidad de la sociedad comercial que, producto del reajuste de capital, puede superar una eventual crisis económica. La estabilidad o continuidad societaria es considerada en este contexto como un bien mayor, además de constituir la condición bajo la cual puede desarrollarse justamente el interés económico de los accionistas.

48. Salvo el caso antes mencionado, ni la legislación societaria ni la regulación concursal han previsto ninguna otra forma de intervención en la propiedad de las acciones. Como ya se ha anotado, en el caso del aumento de capital, ésta permanece invariable, modificándose sólo el porcentaje accionario. Sin embargo, en otras legislaciones comparadas, así como en la práctica societaria, existe una forma de intervención especialmente gravosa sobre la propiedad de las acciones y que se conoce como “operación acordeón” y que consiste en la reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social; hipótesis que no ha sido recogida por nuestra Ley General de Sociedades o por la Ley General del Sistema Concursal. La no regulación de esta operación societaria o el silencio legislativo a este respecto no significan, en todo caso, que esta operación esté prohibida por el ordenamiento jurídico, pues en principio conforme lo postula el principio general de libertad contenido en el artículo 2, inciso 24, parágrafo a) de la Constitución de 1993: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. No obstante, para que esta operación sea admitida en nuestro ordenamiento jurídico, no basta que no esté prohibida por norma legal alguna, sino que es necesario que sea compatible con el conjunto de valores, principios y derechos que nuestra Constitución encarna.

En este sentido y de cara a la resolución del caso concreto, deberá pronunciarse, en primer lugar, respecto a la validez constitucional de este mecanismo societario y, en todo caso, de considerarse lícito, respecto a las condiciones de legitimidad constitucional de la “operación acordeón”, enfocando la atención en la incidencia que esta singular operación pueda tener sobre los derechos fundamentales ius-económicos a la propiedad y la libre iniciativa privada, además del derecho de asociación. En este contexto, la evaluación será una evaluación desde la Constitución de la legitimidad de la “operación acordeón”; lo cual nos permitirá, luego, verificar, en el caso concreto, si se produjeron las condiciones de legitimidad mínima de la operación llevada a cabo por las empresas demandadas y que ocasionaron, en su caso, la pérdida de las acciones de la demandante y, por ende, su propia calidad de accionista.

49. En principio, la reducción del capital social de una empresa a 0 (cero) es imposible, en tanto ello implicaría la desaparición de la misma, en virtud de la desaparición de la fuente de donde emana todo el conjunto de acciones que permite la titularidad de los accionistas y la vida de la sociedad. Con la reducción a 0 (cero), además, no sólo se elimina el soporte económico-material de la sociedad, sino que se anula todo poder jurídico que da posibilidad de actuación a cualquier accionista. Involucra pues no sólo la pérdida de todo el dominio material de la empresa, sino la pérdida de todo el patrimonio accionario del socio y, por ende, su propia calidad de tal.
50. Es por esta razón que cuando la práctica societaria o algunas legislaciones han permitido la reducción a 0 (cero) del capital social, lo han hecho bajo la condición ineludible de que en acto inmediatamente posterior, el capital se vuelva a recomponer con un aumento automático. Este efecto de ajuste y expansión inmediata del capital social es el que brinda el apelativo de “acordeón” a esta operación societaria de reducción a 0 (cero) e inmediato aumento del capital. Sin embargo, más allá de que el capital pueda ser recuperado y la sociedad pueda

proseguir su funcionamiento, las consecuencias que se derivan de esta operación pueden ser muy sensibles sobre los derechos de los accionistas.

Ello es así porque, una vez efectuada la reducción a 0 (cero) del capital social, los accionistas pierden la titularidad de todas sus acciones, es decir, su patrimonio accionario es afectado en el grado máximo (afectación del derecho de propiedad) y, como consecuencia de ello, también pierden la calidad de accionistas, esto es, el atributo jurídico que los hace pertenecer a la sociedad (afectación del derecho a la libre iniciativa privada y derecho de asociación). En el caso de la afectación del patrimonio accionario, ello es en principio irrecuperable, pues el ejercicio del derecho de suscripción preferente, en este caso, no restablecerá las acciones perdidas, sino simplemente dará la oportunidad a los socios de suscribir nuevas acciones, para lo cual deberán efectuar nuevos aportes y un nuevo esfuerzo de inversión económica. Bajo esta misma perspectiva, los derechos a la libre iniciativa privada conectado con el derecho de asociación, resultan también gravemente afectados, pues si bien, en virtud del ejercicio del derecho de suscripción preferente, los accionistas podrían mantenerse en la empresa o sociedad comercial, para poder hacerlo, como se acaba de anotar, deberán realizar nuevos aportes dinerarios que permitan la suscripción de las nuevas acciones, lo cual condiciona de sobremanera su permanencia en la sociedad comercial.

En principio, por tanto, la operación “acordeón”, aun en el supuesto de ejercicio del derecho de suscripción preferente, debería quedar proscrito desde un punto de vista constitucional. Y es que, de existir socios minoritarios que estén en desacuerdo con la decisión mayoritaria, éstos se verían seriamente afectados en sus derechos constitucionales a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación, por una decisión que no comparten. Una decisión tomada por la mayoría accionarial podría, en este sentido, disponer de los derechos constitucionales de los accionistas minoritarios, aún contra la voluntad de éstos. No obstante ello, este Colegiado considera necesario evaluar la constitucionalidad de esta operación societaria desde una perspectiva global, atendiendo a la importancia que revestiría la continuidad de la sociedad comercial en el mercado, y la introducción de determinadas condiciones que morigeren el grado de afectación de los derechos constitucionales aludidos y que, por ende, puedan revestir de constitucionalidad a la denominada “operación acordeón”.

3.4.1. Legitimidad constitucional de la operación acordeón

51. Desde el punto de vista de la sociedad comercial, debe tenerse presente que, en la práctica, este tipo de acuerdo se adopta cuando las pérdidas de una sociedad llegan a tal extremo que es necesario la reducción del capital social para la compensación de las pérdidas. Dicho acuerdo se toma, además, en atención a que muchos de los socios ya no se encuentran en capacidad de efectuar nuevos aportes que permitan reflotar la sociedad o empresa. Por ello, con esta operación se busca la captación de nuevos recursos provenientes de agentes externos a la sociedad, los que en muchos casos terminan reemplazando a los antiguos socios. Además, estos nuevos aportes son necesarios, en atención a que las pérdidas ingentes que sufre la empresa muchas veces sólo pueden llegar a ser compensadas con el incremento del capital en grado suficiente. La finalidad de esta medida es, por tanto, permitir la continuidad de la empresa, evitando lo que de otro modo significaría un *estado de insolvencia* que llevaría inevitablemente a la *disolución* de la sociedad y a un posterior procedimiento de *liquidación*. Y es que, conforme lo establece el inciso 4 del artículo 407 de la Ley General de Sociedades, una sociedad que presente pérdidas que reduzcan su patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, y que no las resarza, o aumente o reduzca el capital pagado en cuantía suficiente, debe proceder a su disolución *ex lege*.
52. Desde una óptica constitucional, este Tribunal considera que la continuidad de una empresa en el mercado constituye no sólo un bien jurídico o finalidad constitucionalmente relevante, sino, como veremos a continuación, una materia constitucional de especial valor y trascendencia en el régimen económico de nuestra Constitución. Ello en razón a que, como ya se estableció en el fundamento 32 de la presente sentencia, nuestro régimen económico constitucional se

funda sobre el principio de la *libre iniciativa privada*; el cual no representa en la estructura del modelo sólo un *derecho económico subjetivo* de los ciudadanos, sino un *principio* vertebrador del régimen económico que genera en el Estado, además de deberes de respeto y no intervención, obligaciones de protección, vigilancia, control y promoción del referido principio. Así, en nuestra Carta Magna se encuentran específicos dispositivos constitucionales en los que se puede reconocer el carácter fundante y central de la libre iniciativa privada y la consecuente obligación del Estado de promoverla:

- El artículo 58 que establece que “La *iniciativa privada* es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado *orienta* el desarrollo del país”.
- El artículo 59 que prescribe que “El Estado *estimula* la creación de riqueza y *garantiza* la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”.
- El artículo 60 que dispone que “El Estado *reconoce* el pluralismo económico. La economía nacional se *sustenta* en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa”.
- El artículo 61 que prescribe que “El Estado *facilita* y *vigila* la libre competencia”.

De lo dicho hasta aquí se desprende que, en nuestro país, el fomento de la inversión privada es un imperativo constitucional que apareja o trae consigo una serie de obligaciones más específicas y concretas para el Estado, que van desde una adecuada política comercial exterior que fomente la apertura de nuevos mercados para la exportación de nuestros productos nacionales en condiciones de equidad, hasta la implementación de planes nacionales concretos de fomento y articulación de la empresa privada a fin de que ésta pueda enfrentarse con éxito a este nuevo contexto de comercio internacional.

En el caso, es obvio que la salida del mercado de una empresa o sociedad comercial es una situación que, en principio, debe ser evitada por el Estado, pues al margen de las consecuencias gravosas que ello genera para las personas que mantienen una relación directa con la empresa (pérdida del empleo por parte de sus trabajadores, obligaciones tributarias y pecuniarias derivadas de su existencia, entre otras), la continuidad de una empresa y el estímulo de su permanencia es la base de la vida económica de nuestro país. A este respecto es necesario recordar que el propio legislador ha establecido supuestos en los que dicha continuidad puede ser impuesta por el Estado a través de un decreto. En efecto, el artículo 410 de la Ley General de Sociedades ha prescrito al respecto lo siguiente: “No obstante mediar acuerdo de disolución de la sociedad anónima, el Estado puede ordenar su continuación forzosa si la considera de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley. En la respectiva resolución se establece la forma cómo habrá de continuar la sociedad y se disponen los recursos para que los accionistas reciban, en efectivo y de inmediato, la indemnización justipreciada que les corresponde”. En esta misma línea, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto un *sistema concursal* cuyo fin primero es la *permanencia* de la unidad productiva o empresa, en armonía con la recuperación del crédito y la protección del patrimonio de la empresa (artículo I del Título Preliminar de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal).

Como puede observarse de estos dispositivos, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto formas de protección de la continuidad empresarial que concretan, en el plano legislativo, el deber estatal de protección y promoción de la inversión privada y que deben ser aplicadas teniendo en cuenta el horizonte constitucional de una economía basada en la empresa y en el libre desenvolvimiento de la persona. En esta perspectiva, consideramos que la protección de la continuidad de la empresa, en principio, es un bien constitucionalmente tutelable, aún cuando su implementación esté sujeta a determinadas posibilidades fácticas y deba estar acorde siempre con el conjunto de valores, principios y derechos que la Constitución contiene.

53. Efectuando ahora el cotejo de los dos bienes objeto de protección en el presente caso –la continuidad de la sociedad, por un lado, y los derechos a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación de los accionistas minoritarios, por otro–, es preciso notar que si bien el accionista puede verse afectado gravemente en el ejercicio de sus derechos fundamentales

con la reducción a 0 (cero) del capital social; de impedirse la realización de la operación “acordeón”, y procederse, como lo establece el artículo 407, inciso 4 de la Ley General de Sociedades, a la disolución de la empresa; del mismo modo, el socio podría verse afectado en su patrimonio accionario y en su derecho a la libre iniciativa privada y de asociación hasta el punto de ser privado de modo absoluto del goce efectivo de los mismos; ello en razón a que, en un proceso de salida del mercado de la sociedad comercial, el socio perdería también la posibilidad de seguir desarrollando la actividad económica elegida a través de la empresa a la que pertenece (libre iniciativa privada conectada con el derecho de asociación), así como, eventualmente perdería también su patrimonio accionario (derecho de propiedad); y ello porque, además de extinguirse, junto con la sociedad, el interés económico individual del socio, el reintegro del valor económico de las acciones y, por ende, la restitución del patrimonio accionario a los socios es de por sí bastante incierta, en tanto, la compensación económica del valor accionario sólo podrá producirse una vez que la sociedad haya cubierto o amortizado con su patrimonio las ingentes deudas que dicha empresa posee, según lo establecido por el artículo 420, inciso 1 de la Ley General de Sociedades que establece, de modo imperativo que: “Los liquidadores no pueden distribuir entre los socios el haber social sin que se hayan satisfecho las obligaciones con los acreedores o consignado el importe de sus créditos”.

54. En consecuencia, ante dos circunstancias que pueden llevar a los socios o accionistas minoritarios a la misma afectación de su patrimonio accionario y de su derecho a la libre iniciativa privada y asociación (la reducción a cero y disolución de la empresa), y ante la protección constitucional que uno de los dos supuestos ofrece (la operación acordeón) en relación al otro (la disolución), resulta necesario desde una óptica constitucional preferir el supuesto que ofrece la protección de otro bien constitucional, frente al supuesto que no lo ofrece o que lo ofrece en grado muy mínimo y remoto. En esta perspectiva, no sería constitucionalmente admisible *prohibir* la adopción de la operación “acordeón”, si con ella puede alcanzarse la protección de un bien constitucional de acentuada relevancia en nuestro régimen económico como la libre iniciativa privada y si con ella no se produce una afectación más grave de otros derechos fundamentales que en el supuesto que no se adoptase. En este contexto, y atendiendo además a los concretos derechos fundamentales de los accionistas minoritarios, este Colegiado considera que no es constitucionalmente legítimo otorgar un *derecho de oposición* a estos que impida la adopción de un acuerdo de este tipo; en tanto de no adoptarse esta decisión, los derechos a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación de los socios minoritarios se verían igualmente afectados, pues, como ya se dijo, el proceso de liquidación de la sociedad comercial podría arribar al mismo resultado negativo para estos derechos. Dicho en otras palabras, al no existir otra opción de protección de los derechos de los accionistas minoritarios y no poseer, por tanto, éstos un interés de relevancia constitucional en la no adopción de la operación “acordeón”, permitir a éstos bloquear la voluntad de la mayoría accionarial de continuidad de la empresa, significaría habilitar un supuesto de “*abuso del derecho*” proscrito desde todo punto de vista jurídico-constitucional.

3.4.2. Incidencia en el derecho de propiedad

55. No obstante lo anteriormente señalado, es necesario tener presente que si bien no puede otorgarse un *derecho de oposición* a los accionistas minoritarios que impida la decisión de llevar a cabo la operación “acordeón”, esto es, no puede exigirse un supuesto de *unanimidad* en la decisión de reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social; tampoco puede concebirse, desde el punto de vista del derecho de propiedad, que aún en el caso de lograr un bien común mayor, opción que puede reflejar por otra parte, la *función social de la propiedad*, ésta se vea afectada sin *compensación* alguna. Ello en razón a que, además de ser ilegítimo en principio cualquier imposición del Estado o un particular sobre el ámbito constitucionalmente protegido de un individuo, en el caso del derecho de propiedad, la propia Constitución ha establecido en su artículo 70 que: “A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el

eventual perjuicio”. Si bien esta disposición se encuentra en un inicio dirigida al Estado, consideramos que el *telos* de la disposición constitucional encierra un objeto constitucional que bien puede extenderse también al supuesto que se encuentra bajo análisis en la presente controversia, esto es, a la reducción a 0 (cero) del capital social.

Y ello es así porque el espíritu que anida en la norma constitucional sobre la *expropiación* es la expresión de ese equilibrio que, como ya desarrollamos en el ítem sobre nuestro modelo ius-fundamental económico, el modelo de *economía social de mercado* busca entre el principio de *economía abierta*, representado por el respeto absoluto de los derechos fundamentales económicos, entre ellos la propiedad, y el principio del *Estado Social*, representado por la intervención del Estado en procura del bienestar general y el bien común; equilibrio que es también el que se pretende al *permitir* que, a través de la desaparición del patrimonio accionario de los socios se asegure la continuación y permanencia de la sociedad en el mercado, aunque ello sin obviar la debida retribución del valor económico que ostente la propiedad de las acciones a sus respectivos titulares.

A mayor abundamiento, es preciso recordar el supuesto establecido en el artículo 410 de la Ley General de Sociedades que prescribe que el Estado puede ordenar la continuación forzosa de una sociedad por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley; caso en el cual es obligatorio el otorgamiento de una indemnización justipreciada a los socios en compensación por la expropiación de sus acciones. Como se ve, si bien nuestro ordenamiento jurídico permite la pérdida de la propiedad (incluso de las acciones comerciales), por causa de interés público y necesidad nacional, dicha pérdida o expropiación sólo puede ser llevada a cabo bajo la condición de una indemnización justipreciada por el valor económico de la propiedad expropiada.

Es por este orden de razones que este Tribunal considera que, desde la perspectiva del derecho de propiedad, la operación acordeón es constitucionalmente legítima, aunque su puesta en práctica debe estar sujeta a una previa condición de validez: el otorgamiento del respectivo *derecho de separación* a los socios, lo cual implica indefectiblemente que el socio minoritario que no esté de acuerdo con la reducción del capital social a 0 (cero) y lo manifieste así, de modo indubitable, pueda ejercer su derecho de separación previo con el objeto de que se le *restituya* el valor que en ese momento ostentan las acciones de las cuales es titular, de conformidad con las reglas contenidas en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades.

3.4.3. La necesidad de la operación “acordeón” y el derecho de oposición

56. Antes de ingresar al análisis de constitucionalidad de la operación “acordeón” a la luz de los derechos a la libre iniciativa privada conectada con el derecho de asociación, consideramos necesario detenerse en otro punto de suyo importante para evaluar la validez constitucional de este mecanismo societario de permanencia de la sociedad comercial. Como ya se dijo, la legitimidad constitucional de esta operación societaria encuentra su fundamento último en la *continuidad* que puede alcanzar la sociedad comercial o empresa en el mercado; situación que, como ya dijimos, constituye un supuesto de protección constitucional; y que de no producirse, acarrearía como ya vimos al analizar el artículo 407 de la Ley General de Sociedades, la disolución y posterior liquidación de la empresa. De allí que, la primera condición inescindible de validez constitucional de esta operación sea justamente la *necesidad* de adoptar una medida de este tipo. Es decir, la operación “acordeón” sólo se justifica si es que la crisis económica que atraviesa la empresa fuera tan grave que el único medio de que dispone la sociedad para poder permanecer en el mercado sea la reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social. En este sentido, la operación “acordeón” debe constituirse en la *última opción* de la sociedad para no desaparecer de la vida económica. Ello es así porque, como este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de precisar al desarrollar el principio de proporcionalidad (STC 0045-2004-AI/TC), una medida que afecte un derecho fundamental debe ser la menos gravosa para su ejercicio frente a otras opciones que se presenten como más intensas. En este sentido, la operación “acordeón” además de necesitar

ser *idónea* en el sentido de que constituya un medio adecuado para la recuperación económica de la empresa, situación que como ya hemos visto sólo se produciría si se aumenta el capital social en grado suficiente para superar la situación financiera deficitaria, también debe ser *necesaria*, en el sentido de no existir otro medio para lograr la recuperación de la empresa y que sea menos gravosa para los derechos de los accionistas que la reducción a 0 (cero) del capital social. Como ya se ha visto, la incidencia que la operación “acordeón” tiene sobre los derechos fundamentales de los accionistas a la propiedad, la libre iniciativa privada y la asociación es tan grave y acentuada que este mecanismo de recuperación económica sólo puede adoptarse como “*medida última*” o “*última ratio*” para lograr la tan mentada permanencia de la sociedad en el mercado.

En este contexto, este Tribunal considera necesario que el accionista minoritario cuente con un medio para solicitar la *reevaluación* de los estados financieros que sustentan la adopción de una medida de este tipo. En este sentido, el accionista debe poseer un *derecho de oposición* sobre la decisión adoptada, no con el objeto de impedir la adopción del acuerdo societario si es que éste fuere necesario, sino sólo con el objeto de evaluar justamente su necesidad. Mediante este derecho de oposición *prima facie*, el accionista puede solicitar un nuevo examen de los informes financieros que sustentan la decisión de llevar a cabo la operación “acordeón”, el cual si no arroja la necesidad de haber adoptado la misma, debe conducir a la revocatoria de la del acuerdo adoptado. Este derecho de oposición debe regirse por las reglas establecidas en el artículo 219 de la Ley General de Sociedades, en lo que le sea aplicable.

A mayor abundamiento, este Colegiado observa con preocupación cómo un mecanismo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento de capital puede ser utilizado por quienes ostentan la mayoría accionarial de la sociedad, para favorecer la pretensión de determinados grupos económicos o de ellos mismos, en desmedro de los accionistas minoritarios, a los cuales pueden eliminar a través de esta medida. Ello, como ya se dijo en el fundamento 32 de la presente sentencia, no sólo importaría la vulneración de los específicos derechos ius-fundamentales económicos de los accionistas minoritarios, sino la traición del propio fundamento antropológico que anida en nuestro modelo constitucional económico de economía de mercado o economía abierta. Como ya se expresó al momento de desarrollar el sustrato valorativo de nuestro modelo ius-fundamental económico, el *régimen de economía abierta* no representa sólo un modelo que busque la acumulación de riqueza mediante el estímulo del libre desenvolvimiento de los agentes económicos en el mercado, sino que aspira a un *ethos* social donde la persona logre el pleno desenvolvimiento de su personalidad en armonía con el proyecto de vida de otras personas con las cuales comparte un entorno social de coexistencia. En este contexto, un accionar estatal o privado que abusando de su posición económica dominante otorgue preferencias a terceros sin base objetiva ni razonable, en desmedro de una competencia libre y justa, constituye la materialización de un *modelo patrimonialista* que desnaturaliza completamente el espíritu de *libre iniciativa privada* que está en la base de nuestro régimen económico constitucional. En el presente caso, la imposición de una medida que afecta de modo intenso los derechos de los accionistas minoritarios a la propiedad, la libre iniciativa privada y el derecho de asociación, sin que haya sido necesaria y con el único objeto de facilitar el ingreso de terceras personas “favorecidas” a la sociedad o la búsqueda del propio posicionamiento accionarial, constituirá una conducta no sólo ilegítima a la luz de los concretos derechos ius-fundamentales enunciados, sino a la luz del principio-derecho de *dignidad humana* y del *libre desenvolvimiento de la personalidad* que, como principios rectores de todo el corpus constitucional, conforman también el sustrato filosófico de nuestro régimen económico constitucional. En este contexto, este Tribunal considera ineludible el establecimiento *prima facie* de un derecho de oposición de los socios minoritarios que permita el reexamen de la información vertida en los estados financieros, a fin de evitar un *abuso de posición económica* por parte de la mayoría accionarial.

3.4.4. Incidencia en el derecho a la libre iniciativa privada y el derecho de asociación y ejercicio del derecho de suscripción preferente

57. Finalmente, aun cuando el derecho de suscripción preferente haya quedado excluido del ámbito constitucionalmente protegido del derecho de propiedad en tanto el ejercicio de este derecho no implica la defensa de la propiedad de las acciones, las cuales se pierden inexorablemente una vez adoptada la reducción a 0 (cero) del capital social; este Tribunal considera que lo mismo no ocurre en el caso de los derechos fundamentales a la libre iniciativa privada conectada con el derecho de asociación. En nuestra opinión el derecho de suscripción preferente constituye en el caso de un supuesto de reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social, un ámbito de los referidos derechos directamente protegido desde la Constitución; por lo que su ejercicio representa también una condición de legitimidad constitucional de la operación “acordeón”. Y ello es así porque en este supuesto, el derecho de suscripción preferente no sólo cumple la función de mantener al accionista en la misma posición política que ostentaba antes de un aumento de capital, con el consiguiente poder de dirección y vigilancia sobre la sociedad y el disfrute del mismo porcentaje en la distribución de los dividendos de la sociedad -situación que, como ya se ha establecido en el fundamento 45 de la presente sentencia no representa un supuesto de directa protección constitucional-, sino que en este caso el derecho de suscripción preferente importa la propia posibilidad de que el accionista se siga manteniendo como socio de la empresa que adoptó el acuerdo de reducción a 0 (cero).

En efecto, como ya se ha precisado en el fundamento 50 de la presente resolución, la reducción a 0 (cero) del capital social no sólo elimina el soporte económico-material de la sociedad, y el patrimonio accionarial del socio en tanto bien económicamente valuable, sino que anula el título que otorga al accionista la calidad de tal. En este contexto, la reducción a 0 (cero) del capital social, impuesta por una mayoría accionarial a los socios minoritarios incide directamente en la facultad jurídica de pertenecer a la sociedad (*derecho de asociación*) (STC 4241-2004-AA/TC, fundamento 5) y de realizar a través de ella una actividad económica (*derecho a la libre iniciativa privada*), al punto de poder dejar sin virtualidad fáctica alguna su ejercicio. En principio, por tanto, tal como se razonó en el caso del derecho de propiedad, la reducción a 0 (cero) del capital social implicaría una intervención constitucionalmente ilegítima en estos dos derechos.

Sin embargo, siguiendo también el mismo esquema argumentativo utilizado para justificar la intervención de la operación “acordeón” en el derecho de propiedad, debe tenerse en cuenta que en el caso de los derechos a la libre iniciativa privada y de asociación, también la lesión constitucional se produciría con la otra opción que le quedaría a la sociedad de no adoptarse este acuerdo, es decir, con la disolución de la empresa; por lo que, como ya se dijo, ante un supuesto de este tipo (igual afectación de los derechos fundamentales implicados) existe la exigencia constitucional de preferir la opción que ofrece una protección constitucional relevante, como es el caso de la operación acordeón, que permite la continuidad de la empresa en el mercado, frente a una que no lo ofrece como es el caso de la disolución. Por lo demás, como también ya se indicó en el fundamento 55 de la sentencia, al no tener el accionista minoritario un *interés subjetivo* constitucionalmente relevante en la elección de la otra opción societaria, esto es, en la disolución de la empresa, en tanto, tampoco ésta le brinda protección constitucional alguna a sus derechos, no puede otorgarse al accionista minoritario un derecho de oposición que impida la adopción del acuerdo de reducción a 0 (cero) del capital social, amparando con ello un supuesto de “abuso del derecho”; al margen de que, como ya se estableció en el acápite anterior, el accionista pueda solicitar la revisión de la necesidad de la medida adoptada vulneradora de sus derechos fundamentales.

58. No obstante si bien tampoco el accionista minoritario puede oponerse a la adopción de una medida de este tipo, invocando sus derechos a la libre iniciativa privada y derecho de asociación, tampoco puede ser despojado del ejercicio de estos derechos sin protección constitucional alguna. En este contexto, si en el ejercicio libre de su autonomía, aun

considerando las cargas gravosas que económicamente ello le impone, el accionista minoritario desea seguir perteneciendo a la empresa y seguir desarrollando a través de ella su inversión económica, el ordenamiento jurídico debe proveerle de un mecanismo que le de preeminencia sobre los agentes externos que deseen ingresar a la sociedad comercial; y ello porque sólo a través de este mecanismo de suscripción preferente puede asegurarse que el accionista minoritario que perdió, por imposición de la mayoría su calidad de tal, continúe en la empresa, ejerciendo la actividad económica en la que aún cree y en la que desea seguir invirtiendo. En tal circunstancia, consideramos que el derecho de suscripción preferente, establecido en la normalidad de los casos para proteger el mantenimiento de la posición accionarial del socio, alcanza un redimensionamiento de su finalidad constitucional y legal, hasta constituirse en un derecho de ejercicio indispensable para lograr la protección constitucional de los derechos a la libre iniciativa privada y derecho de asociación, en un supuesto de reducción a 0 (cero) del capital social. La práctica de este derecho, por lo demás, debe estar sujeta a las reglas contenidas en el artículo 209 y 210 de la Ley General de Sociedades.

59. En síntesis, este Tribunal considera que si bien la operación “acordeón” es permisible desde una óptica constitucional, dado el preeminente valor que alcanza en nuestro régimen económico la libre iniciativa privada, ejercida por lo general en el marco de la actividad empresarial, lo cual supone un deber estatal de protección y promoción de la continuidad de las sociedades comerciales; para llegar a ser constitucionalmente legítima de *modo definitivo*, esta medida debe estar premunida de las siguientes condiciones de validez, en atención a la protección de los derechos a la propiedad, la libre iniciativa privada y el derecho de asociación:

- a) En primer lugar, la operación acordeón debe ser *idónea y necesaria* para la consecución del fin pretendido. En este contexto, la adopción de esta medida debe suponer la reducción y aumento del capital social en grado suficiente para superar las pérdidas y la crisis financiera de la empresa (*test de idoneidad*), además de constituirse en la única medida posible de adopción para que la sociedad no caiga o se encuentre incurso en una causal de disolución (*test de necesidad*). En esta perspectiva, con el objeto de proteger al accionista minoritario contra una maniobra empresarial que lo único que persiga es el favorecimiento de ingreso de “terceros” a la sociedad o el propio bienestar pecuniario de la mayoría, sin que exista una necesidad imperiosa de por medio, el socio puede ejercer un “*derecho de oposición*” con el objeto de solicitar ante el juez la reevaluación de los estados financieros de la empresa que sustentan la decisión de reducir a 0 (cero) el capital social. Esta oposición tiene por finalidad, sin embargo, examinar sólo la “necesidad” de la medida, por lo que si se confirmase el estado financiero de la empresa, la medida adoptada se convalidará, procediéndose a su ejecución. El procedimiento para el ejercicio de este derecho deberá ser el regulado por el artículo 219 de la Ley General de Sociedades.
- b) En segundo lugar, una vez adoptado (y convalidado en su caso) el acuerdo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento del capital social, el accionista minoritario que haya expresado de modo indubitable su oposición al mismo, puede ejercer su *derecho de separación* con el objeto de que se le restituya el valor de sus acciones, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades.
- c) Finalmente, una vez adoptada la decisión de reducción a 0 (cero) del capital social, los accionistas que no hubieran ejercido el derecho de separación, podrán ejercer el *derecho de suscripción preferente* conforme a las reglas contenidas en los artículos 209 y 210 de la Ley General de Sociedades.

§4. Análisis del caso concreto

60. En el caso *sub examine*, la recurrente alega la vulneración de su derecho de suscripción preferente en la Junta de Acreedores de la empresa concursada Agraria Chiquitoy S.A. de fecha 6 de diciembre del 2006, con sustento en tres razones:
- a) En primer lugar, en el hecho de que no se establecieron los requisitos mínimos para el ejercicio del mencionado derecho, regulados por la Ley General de Sociedades en los artículos 207, 208 y 209, y consistentes, en el presente caso, en la información sobre el número de acciones a suscribir de modo preferente y los aportes dinerarios suficientes para la mencionada suscripción; además del otorgamiento del certificado de suscripción preferente que, concomitantemente a su carácter de título valor, constituye un instrumento de información de los datos requeridos para la suscripción de acciones.
 - b) La imposición de cláusulas manifiestamente arbitrarias en la Adenda N° 1, que tenían como único objeto impedir la suscripción de acciones, en alusión al hecho de que las acciones suscritas debían ser pagadas íntegramente y en efectivo en el momento de la Junta.
 - c) La ausencia de un momento de invitación a los accionistas para que ejerzan su derecho de suscripción preferente.
61. En cuanto a la primera alegación expuesta por la recurrente, en efecto, como se desprende de la Adenda N° 1 (fojas 33 a 37 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), la Junta de Acreedores no efectuó el cálculo de la cantidad de acciones y aportes dinerarios que le correspondía a cada socio con el objeto de ejercer su derecho de suscripción. Esta información que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 209, inciso 4 de la Ley General de Sociedades, debía estar contenida en el certificado de suscripción preferente, no fue puesta en conocimiento de los accionistas.
62. La ausencia de información sobre las acciones a suscribir y los montos requeridos para ello, en general, incide negativamente sobre el ejercicio del derecho de suscripción preferente de los accionistas. El ejercicio adecuado de los derechos económicos, en el marco de una economía de mercado, depende en gran medida del adecuado acceso a información de los agentes económicos. En el caso del derecho de suscripción accionaria, es obvio que éste se vería afectado si el accionista no pudiera conocer cuál es el monto pecuniario requerido para mantener su posición accionaria.
63. Conforme se encuentra regulado el procedimiento de suscripción preferente en la Ley General de Sociedades, para el ejercicio de este derecho son necesarios dos requisitos copulativos: un conocimiento previo de las acciones a suscribir y de los montos necesarios para ello (representado por la aparición de esta información en el certificado de suscripción preferente) y un lapso de tiempo posterior a dicho conocimiento para el ejercicio de dicho derecho (representado por el procedimiento de dos ruedas establecido en la Ley General de Sociedades).
64. En el presente caso, sin embargo, al no haberse brindado dicha información y al pretender, como se establece en el inciso b) de la cláusula 3.2. de la Adenda N° 1, el *aporte íntegro y en efectivo* de la suscripción efectuada en el *mismo momento* de la Junta, la accionista recurrente vio seriamente comprometido el ejercicio del derecho suscriptorio, pues ¿cómo podría pagar íntegramente y en efectivo el monto de la suscripción en el momento de la Junta si antes no tuvo conocimiento de cuál era dicho monto dinerario? Por otro lado, ¿cómo podía ejercerse la suscripción de acciones en el momento de la Junta si la cláusula que establecía el pago íntegro y en efectivo en el momento de la Junta, se estableció en el mismo momento de la Junta? La omisión de la Junta en el establecimiento de la cantidad de acciones a suscribir y

del monto dinerario necesario para ello, en concordancia con la cláusula citada de la Adenda N° 1, representan no sólo un incumplimiento de los dos requisitos esenciales contenidos en el procedimiento establecido en la Ley General de Sociedades, sino que configuran de por sí un *procedimiento arbitrario e irrazonable* en el modo cómo debía operar el ejercicio del derecho de suscripción preferente en el presente caso; situación asaz delicada en el caso de la operación “acordeón”, pues ello comprometía, como ya se dijo, la propia presencia de la accionista en la empresa concursada.

65. En la presente causa, por tanto, además de vulnerarse el *derecho al debido procedimiento corporativo privado* en su dimensión de un marco adecuado y razonable de todo procedimiento donde se discutan los derechos de las personas, se ha afectado el derecho de los accionistas de la empresa concursada Chiquitoy S.A. a la asociación y libre iniciativa privada, en su dimensión de pertenecer a una sociedad comercial y de ejercer a través de ella la actividad económica elegida. En el presente caso, si bien apreciamos la circunstancia especial de la gravedad económica de la empresa y del procedimiento concursal al cual la misma está sometida, lo cual puede implicar la morigeración, por ejemplo, del requisito de dos ruedas en el ejercicio del derecho suscriptorio, ello no puede significar la imposición de cualquier medida o cualquier procedimiento en la suscripción preferente, sino sólo uno que contenga mínimos criterios de razonabilidad y que garantice los derechos de los accionistas minoritarios, sobre todo en un supuesto de especial gravedad como el caso de la operación “acordeón”. Deben pues cumplimentarse en todo momento los dos supuestos establecidos en el fundamento 64 de la presente sentencia, como condición de un ejercicio razonable del derecho de suscripción preferente.
66. En lo que respecta al momento para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, estimamos que no es de recibo el argumento de la parte emplazada y del INDECOPI según el cual la accionista recurrente tuvo su momento para el ejercicio del derecho de suscripción preferente cuando se leyó y aprobó la Adenda N° 1. Como se aprecia de la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI (fojas 65 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad) y del escrito de absolución de traslado de apelación de fecha 12 de junio de 2007 presentado por el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A. (fojas 89 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad) el argumento se expresa en la siguiente cita efectuada del Acta de Junta de Acreedores de la Empresa Agraria Chiquitoy S.A. (fojas 117 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad):

“Luego de finalizada la lectura de la propuesta y efectuadas las explicaciones señaladas, el Presidente, dirigiéndose a los acreedores y fundamentalmente a los accionistas presentes, indicó si tenían alguna propuesta diferente que hacer para reconstituir el capital social, es decir, efectuar los aportes que les correspondían en ejercicio de su derecho de suscripción preferente o alguna otra propuesta diferente”.

De esta cita se desprende, como argumento de la parte emplazada, que una vez leída la Adenda N° 1 (donde se contenía la propuesta de reducción a 0 y la capitalización de créditos de los accionistas de clase C) y otorgada la posibilidad a los accionistas de efectuar otra propuesta distinta, sin que estos la hayan efectuado, la Adenda N° 1 quedó aprobada y consumada en el mismo acto la reducción a 0 (cero) y posterior aumento de capital con capitalización de créditos de la clase C. Pasado este momento, por tanto, la accionista recurrente ya no podía suscribir, por lo que su intervención posterior se convirtió en extemporánea.

67. Al margen de que la accionista haya podido conocer o no, a partir de esta invocación del Presidente de la Junta, de que ése era el momento de la suscripción, consideramos que la aprobación de la Adenda N° 1 no podía significar la consumación de los acuerdos que contenía, y ello por una razón fundamental: la consumación de la operación “acordeón” en el mismo acto de aprobación de la Adenda N° 1, dejaba a la recurrente en *situación de indefensión* si es que la misma pretendía la suscripción de acciones, pues la falta de un

momento posterior a la aprobación de la Adenda para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, hacía la referida suscripción imposible, teniendo en cuenta la condición de pago íntegro y en efectivo de la suscripción contenida en el inciso b) de la cláusula 3.2. de la referida Adenda.

68. La situación de indefensión en la que, tanto el procedimiento de suscripción preferente regulado en la Adenda N° 1 dejaba a la accionista recurrente, como la ausencia de una división entre el momento de aprobación de la Adenda y el momento de adopción del acuerdo de reducción a 0 (cero) y posterior aumento de capital social, que implicó la ausencia de una nueva convocatoria donde se estableciese claramente la posibilidad de llevar a cabo la operación “acordeón”, llevan a concluir que en el presente caso se vulneraron los derechos de la accionista recurrente a la propiedad, la libre iniciativa privada y el derecho de asociación, además del debido proceso corporativo privado y el principio de interdicción de la arbitrariedad.
69. Como ya se ha establecido a lo largo de la presente sentencia, la Junta de Acreedores tenía legitimidad para llevar a cabo la llamada operación “acordeón”, procurando la continuidad de la empresa, sobre todo si tenemos en consideración que el fin consustancial a ésta es justamente la recuperación de la empresa y el cobro de lo adeudado, finalidad también relevante en aras de la seguridad jurídica de las transacciones comerciales y obligaciones patrimoniales; sin embargo, dicha potestad debía ser ejercida en armonía plena con los derechos, principios y valores que la Constitución recoge. Es necesario dejar claramente establecido en este punto, que si bien en un régimen de protección patrimonial como el sistema concursal la decisión del destino de la empresa o sociedad comercial recae en la Junta de Acreedores, con el objeto primordial de recuperar el crédito, reflatando la empresa o disponiendo su salida ordenada del mercado, con lo cual la voluntad societaria encarnada en la Junta General de Accionistas ya no se encuentra presente; ello no significa en modo alguno que los accionistas considerados de modo individual no deban ser tenidos en cuenta a la hora de que la Junta de Acreedores ejerza las potestades establecidas por ley. Y ello porque la empresa concursada, aunque bajo el gobierno de la Junta de Acreedores, aún existe y los accionistas legítimamente pueden seguir perteneciendo a la empresa (derecho de asociación) y tener la expectativa de volver a obtener ganancias a través de ella (derecho a la libre iniciativa privada). Tan es así, que la propia Ley General del Sistema Concursal establece en su artículo 68.1 que: “Cuando la Junta acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titular del deudor podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente. Será nulo todo acuerdo de capitalización de créditos adoptado sin haberseles convocado en el respectivo aviso”.
70. En este contexto, también en el caso de sociedades sujetas a un régimen concursal rigen los principios o derechos que, como requisitos de ejercicio legítimo de la operación acordeón, se han establecido en la presente sentencia. En todo caso, como también ya se dijo, el ejercicio de tales derechos deberá ser cohonestado según el caso, con la urgencia de adoptar una medida de salvataje de la empresa como la operación acordeón. En cuanto a la devolución de aportes se debe dar un margen suficiente de flexibilidad a la Junta de Acreedores a fin de fijar de común acuerdo con el accionista la devolución cuando éste ejerza su derecho de separación (según y como lo dispone el procedimiento establecido en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades), flexibilidad que deberá ser también observada por el juez en caso de conocer el asunto.
71. En el presente caso, si bien algunas de las exigencias establecidas en la presente sentencia, como el derecho de oposición no podían ser conocidas por las empresas demandadas, dado que son producto de un proceso de ponderación delicado y de una concreción constitucional compleja llevada a cabo, el carácter lesivo de las condiciones en que se llevó a cabo la mencionada reducción a 0 (cero) y aumento del capital social, va más allá de dicha determinación ius-fundamental y ha afectado, desde el propio establecimiento de un procedimiento irrazonable, el derecho de suscripción preferente que, en el presente caso,

comprometía, como ya se dijo, la presencia de la accionista en la sociedad y, por ende, el ejercicio de sus derechos a la libre iniciativa y asociación. La Junta de Acreedores, en este contexto, al conocer de las implicancias de la forma cómo reguló el ejercicio del derecho de suscripción preferente (producto de lo cual finalmente terminarían las empresas demandadas como dueñas absolutas de la empresa concursada, en mérito a la capitalización de créditos de clase C, correspondientes sólo al Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A. y el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A.) no sólo ejerció irregularmente sus competencias concursales, sino que incidió directamente en el ejercicio de los derechos de los accionistas minoritarios y del propio espíritu de *libre* iniciativa privada inscrito en nuestra Constitución Económica como base del modelo económico constitucional.

72. Además, en el caso concreto del derecho de propiedad de los accionistas, la afectación ius-fundamental ya había sido dispuesta en la propia Adenda N° 1 a través de su cláusula 2.4. (fojas 34 del cuaderno de la Corte Superior de Justicia de La Libertad), en la cual se excluyó la posibilidad de devolución de aportes a los accionistas, con lo cual se vulneró evidentemente el derecho de propiedad de los mismos, pues se excluyó un supuesto constitucional de inescindible cumplimiento en la expropiación de cualquier bien, como ya se dejó sentado en el fundamento 56 de la presente resolución.

§5. De los efectos de la sentencia en el presente caso

73. Por último, si bien el amparo ostenta, por naturaleza, un carácter reparador, lo cual supone, de ordinario, retrotraer las cosas al estado anterior de la vulneración de los derechos fundamentales; ello no puede constituirse en una norma inderrotable de cara a los efectos que pueda tener una sentencia del Tribunal Constitucional, que pueda hacer más perniciosa la solución brindada al caso que el propio acto lesivo perpetrado por la parte demandada. En este sentido, anular los acuerdos de Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, si bien constituiría técnicamente lo más correcto, dicha solución no se condice con el objeto general de la operación acordeón y del proceso concursal al cual estuvo sujeta la empresa concursada, esto es, la recuperación de la empresa. Si como se ha razonado ampliamente en los fundamentos de la presente sentencia, la operación acordeón se encuentra plenamente justificada en el hecho de recuperar a una empresa, con la importancia que ello tiene en un régimen de economía de mercado como la nuestra y de cara a la protección de sus trabajadores, no encuentra mucho sentido después que ésta ha logrado su recuperación volver las cosas al estado anterior y poner a la empresa nuevamente en un estado de inestabilidad financiera.
74. Por ello en el presente caso, este Colegiado considera más prudente, en atención a los bienes constitucionales en juego, que no obstante ser ilegítima la forma de separación de la actora de la empresa, por lo que cabe, su reincorporación en su calidad de accionista, no retrotraer las cosas al estado anterior de la Junta de fecha 06 de diciembre del 2006 y, por tanto, mantener vigentes los acuerdos adoptados y la situación actual de la empresa. Por último, los daños que se hayan ocasionado a la accionista o lo dejado de percibir producto de su separación ilegítima desde la fecha de la junta hasta la actualidad, pueden ser producto de una demanda independiente en la vía ordinaria, donde a la luz de las pruebas que se deben ofrecer para ello, se logre determinar el daño producido.

Por los fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de autos, por haberse vulnerado los derechos de la recurrente, señora Flor de María Ibáñez Salvador, a la propiedad, a la libre iniciativa privada, a la asociación, al debido proceso corporativo privado y a la interdicción a la arbitrariedad; en consecuencia se **ORDENA** a las empresas emplazadas que cumplan con **RESTITUIR** a la

demandante Flor de María Ibáñez Salvador la titularidad de todas las acciones que poseía en la mencionada empresa, antes de los Acuerdos anulados en la presente sentencia; y, por ende, se le **RESTITUYA** en su calidad de accionista de la mencionada empresa, con todos los derechos que de dicha condición se derivan.

2. **DISPONER** dejar en potestad de la demandante ejercer los derechos que le corresponden producto de los daños ius-fundamentales producidos en la vía ordinaria correspondiente.
3. **DISPONER** que la empresa Agraria Chiquitoy se abstenga de volver a incurrir en la misma afectación ius-fundamental expuesta en la presente sentencia al momento de llevar a cabo la operación acordeón y que, en todo caso, deberá sujetarse a los lineamientos establecidos en el fundamento 60 de esta sentencia.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular bajo las siguientes consideraciones:

1. En el presente caso la recurrente interpone demanda de amparo contra la empresa Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. ("FONDISA"), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – La Libertad y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros con el objeto de que se declare la nulidad de los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de la empresa agraria demandada Chiquitoy S.A., de fecha 06 de diciembre de 2006, puesto que se está afectando sus derechos a la libre iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de trabajo, derecho a la propiedad, derecho al debido proceso corporativo particular y derecho a la interdicción de la arbitrariedad.
2. La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad declara la improcedencia liminar en atención a que el proceso de amparo no es la vía idónea para realizar el cuestionamiento que realiza en su demanda ya que existe una vía igualmente satisfactoria regulada por el artículo 132º de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal. Asimismo refiere que lo que en realidad cuestiona la recurrente es lo resuelto en el procedimiento administrativo llevado ante INDECOPI, por lo que la vía idónea sería el proceso contencioso administrativa, y si en todo caso el cuestionamiento de la demandante estaría circunscrito al acuerdo de la Junta de Acreedores el plazo para interponer la demanda ha transcurrido en exceso. La Sala Superior revisora confirma la resolución apelada considerando que lo que se cuestiona es un acto administrativo proveniente del proceso concursal seguido contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., por lo que la vía idónea igualmente satisfactoria es el proceso contencioso administrativo, por lo que debe recurrir a él.
3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (ab initio), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el Superior no está conforme con el auto venido en grado debe revocarlo para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal requerida por la ley. Lo que se pone en conocimiento es "el recurso interpuesto" y no la demanda. Por esto es que el Tribunal Constitucional al intervenir como tribunal de alzada debe limitarse al auto de rechazo liminar, desde luego.
4. Al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional la limitación de sólo referirse al tema de la alzada, en este caso nada más y nada menos que el auto de rechazo liminar.
5. El artículo 47º Código Procesal Constitucional en su último párrafo precisa ciertamente que "si la resolución que declara la improcedencia (auto de rechazo liminar evacuado por el Juez al calificar la demanda) fuese apelada, el juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto". Este mandato tiene sustento en la más elemental lógica: el recurso de

apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.

6. Por cierto si el Superior revoca el auto venido en grado, para vincular a quien todavía no es demandado puesto que no ha sido emplazado por notificación expresa y formal por no existir proceso y no ser él, por tanto, demandado, tiene que ponérsele en su conocimiento “el recurso interpuesto” y no la demanda, obviamente.
7. No está demás recordar que la parte en análisis del recurrido artículo 47° del Código Procesal Constitucional es copia de lo que al respecto prescribe el artículo 427° del Código Procesal Civil en su último párrafo al decir: “La resolución superior que resuelve en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes”. Y la resolución del superior que, en definitiva, decide sobre la improcedencia, no puede ser o no es sino la confirmatoria o la revocatoria del auto objeto de la alzada, desde luego.
8. Que en atención a lo señalado es materia de la alzada el pronunciamiento de este tribunal respecto del rechazo liminar, estando en facultad sólo para pronunciarse por la confirmatoria del auto recurrido o por la revocatoria de éste, y excepcionalmente cuando se trate de casos que amerite un pronunciamiento de emergencia por tutela urgente del derecho se podría ingresar al fondo del asunto.
9. En el presente caso encontramos que las instancias precedentes han rechazado liminarmente la demanda considerando principalmente que existe una vía idónea igualmente satisfactoria, esto es el proceso contencioso administrativo. Es así que observo la existencia de un conflicto en un ámbito privado en el que se discute la afectación de derechos fundamentales con la aplicación de un procedimiento denominado “acordeón”, figura que este Colegiado no ha abordado anteriormente, debiéndose determinar si este Colegiado puede abordar temas relacionados con un procedimiento concursal, y además evaluar si los procedimientos creados a efectos de garantizar la permanencia de las empresas son atentatorios de los derechos de los accionistas minoritarios.
10. En tal sentido considero que el tema traído a esta sede tiene especial relevancia que debe ser objeto de análisis por parte de este Colegiado a fin de determinar si los procedimientos establecidos para evitar la disolución de las empresas –como en este caso el denominado “acordeón”– pueden afectar derechos fundamentales de accionistas que tienen una posición minoritaria. En tal sentido por el tema discutido y por la protección que merecen las personas que conforman una relación entre privados es que considero que debe revocarse el auto de rechazo liminar a fin de que se admita a trámite la demanda de amparo propuesta.
11. Finalmente cabe realizar una crítica a lo expresado en la resolución en mayoría en su fundamento 20, puesto que expresa que por el hecho de haber notificado con la resolución que rechazo liminarmente la demanda los emplazados han tomado conocimiento de los hechos planteados en la demanda, señalando además que los emplazados han intervenido en el procedimiento seguido ante INDECOPI, por lo que conocen claramente de los hechos. Considero que dicha afirmación es errónea puesto que debe tenerse presente que un conflicto suscitado en la realidad –relación material– es llevado a un proceso judicial para que sea resuelto por un tercero imparcial. En tal sentido bajo el argumento esbozado por la resolución en mayoría se podría inferir que ante un auto de rechazo liminar no solo se “puede” sino se “debe” ingresar al fondo puesto que siempre el que debiera ser emplazado tiene conocimiento –por haber sido parte de la relación material– de los hechos de la demanda, lo cual es un grave error que permite afectar el derecho de defensa de los emplazados, lo cual es

inaceptable. Por ello debo reiterar lo expresado en el presente voto, puesto que cuando se notifica el auto de rechazo liminar el emplazado no tiene conocimiento de la demanda y por tanto no sabe sobre qué defenderse, por ello es necesario expresar que el conocimiento del emplazado del contenido de la demanda es la garantía de igualdad entre las partes.

Por las razones expuestas mi voto es porque se declare **FUNDADO** el recurso de agravio constitucional, debiéndose en consecuencia admitir a trámite la demanda a fin de que se verifique si los procedimientos establecidos para garantizar la permanencia de las empresas – como el procedimiento acordeón– afectan derechos fundamentales de los accionistas minoritarios.

Sr.

VERGARA GOTELLI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
BEAUMONT CALLIRGOS

1. En la forma como aparece o se desprende de autos, debo expresar que según mi conocimiento, ni la doctrina, ni la legislación, ni menos aún, la jurisprudencia societaria, estudia de modo particular, regula, establece o autoriza, respectivamente, **la posibilidad** de que en una junta general de accionistas, **la mayoría –casi arbitraria o abusivamente,** pueda adoptar un acuerdo de reducir el capital social a cero (0), y luego aumentarlo a cualquier cifra (“operación acordeón”), sea por nuevos aportes de los mismos socios o por aportes de terceros, debidamente convocados al efecto. Conste: **tampoco existe prohibición expresa!** Lo que ocurre es que, se supone, **deben haber o existir ciertos supuestos fácticos y/o un entorno especial de derecho, que lo hagan aconsejable y absolutamente legítimo.**

2. Este acuerdo, en el Perú, me refiero al abusivo y arbitrario, por ser contrario a la Ley General de Sociedades, LGS, sería fácilmente impugnabile en la jurisdicción ordinaria, a tenor de su art. 139^[1]. La ley dispone que si el accionista concurre a la junta debe dejar constancia en acta de su oposición al acuerdo (art. 140^[2]); también puede impugnar el accionista que está ausente al momento de la convocatoria y celebración de la junta; y por último, también, el que ha sido ilegítimamente privado de emitir su voto. La impugnación, en todo caso, caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo, si el accionista concurre a la junta; a los tres, si no pudo concurrir; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción (art. 142^[3]). La impugnación se tramita en el proceso abreviado y cuando se sustenta en defecto de convocatoria o falta de quórum, en el sumarísimo (art. 143^[4]).

3. Tal como se dijo antes, no existe, arreglada a derecho, **la posibilidad** de que ello ocurra, por dos razones:
 - (i) Porque el régimen legal en todas las formas societarias^[5] está orientado en **asegurar la conservación de la participación de los socios en el capital social de la empresa,** es decir, en el porcentaje (%) que aportaron cuando constituyeron, organizaron o fundaron la sociedad, o más adelante, al momento de adoptar, en junta general, el acuerdo de aumentar el capital social, a partir del porcentaje que ostenta cada quien –persona natural o jurídica, en ese acto, según hayan adquirido o vendido, es decir, si es que unos compraron a otros directamente, con arreglo a ley y estatutos, o lo hicieron a través de la Bolsa de Valores^[6]; y,

 - (ii) Porque **reducir a cero (0), arbitraria y abusivamente, el capital social, aprovechando ostentar mayorías reforzadas o calificadas en el capital social, significa un despojo, un arrebató de bienes ajenos,** una apropiación indebida o ilícita del aporte de los socios minoritarios, para luego, utilizando la misma posición ventajosa que se tiene en dicha junta general, **aumentar** el capital social a la cifra que se desee, suscribiendo el mismo, los

poderosos, los que también habían adoptado aquella decisión de reducción; o haciendo suscribir las acciones por terceros convocados al efecto.

4. De otro lado, también la LGS prevé, en determinados casos, la Nulidad de Acuerdos Societarios (arts. 38°^[7] y 150°^[8]) con una regulación que contiene varias semejanzas y sólo tres, importantes y marcadas diferencias con la Impugnación de Acuerdos (que en realidad lo es, en exclusiva, para la Junta General de Accionistas, es decir, para la Sociedad Anónima). Todas las demás, son semejanzas. En efecto, la primera diferencia es que la acción de “Nulidad” caduca al año mientras que la impugnación a los dos o tres meses (el art. 38° remite al 35°^[9] y si bien éste alude a dos años, hace expresa salvedad a la posibilidad de remitirse a un plazo más corto de caducidad, como en este caso ocurre con el referido en el art. 150°); la segunda diferencia es que la nulidad se sustancia en el proceso de conocimiento mientras que las impugnaciones en el proceso abreviado o sumarísimo; y la tercera, es que aquella puede ser interpuesta por cualquier persona con legítimo interés mientras que la impugnación solamente por accionistas, a quienes además se les exige mantener dicha condición durante el proceso (art. 144°^[10]). Conste, aprovechando el tema, que la remisión que hace el tercer párrafo del art. 38° al art. 36°^[11] es errónea, por impertinente. En efecto, declarada por el Juez la nulidad de un acuerdo societario, esta situación no debe llevar, para nada, a la disolución de pleno derecho de la sociedad y quedarse a punto para la designación de liquidadores. Esto, está bien que así sea cuando un juez, mediante sentencia firme, declare la nulidad del pacto social; pero no, pues, para el caso vulgar y silvestre, de la nulidad de un acuerdo societario, por ejemplo, la nulidad de un acuerdo de la Junta General de Accionistas o de Directorio.
5. En realidad, aquella Nulidad de Acuerdos Societarios se prevé, principalmente y más bien, en el Libro Uno de la LGS, Reglas Generales Aplicables a Todas las Formas Societarias, art. 38°. Sólo, marginal y supletoriamente, en el Libro Dos, para la Sociedad Anónima, art. 150°. Las semejanzas son varias y evidentes: (i) Lo previsto en el art. 38° acerca de que son nulos los acuerdos societarios adoptados con “omisión de las formalidades de publicidad prescritas” y “contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”, están dichas en el art. 139° cuando refiere “Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley”. (ii) Cuando en el art. 38° se dice “contrarios ... a las estipulaciones del pacto social o del estatuto”, está señalado en el 139° cuando refiere, “acuerdos que ... se opongan al estatuto o al pacto social”. (iii) Finalmente, Cuando el art. 38° dice “acuerdos... que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios” esta previsto en el 139° cuando dice “acuerdos que ... lesionen, en beneficio directo o indirecto de uno varios accionistas, los intereses de la sociedad”.
6. Volviendo al tema. Aquella “operación acordeón” se da, salvo, quizás, en otros casos excepcionales, cuando una sociedad se halla incurso, por ejemplo, en un procedimiento concursal, tal como ocurre en estos autos; o en casos similares, de grave crisis financiera y pérdida de capital en tal magnitud, que la sociedad cae en causal de disolución (y liquidación), supuestos previstos, ciertamente, en el art. 407° incisos 4., y 5°^[12]. En el caso de autos se trata de una sociedad anónima abierta (S.A.A.) arts. 249° y siguientes de la LGS y por el régimen general aplicable a la sociedad anónima, art. 50° y siguientes, según lo prevé el art. 251°, y la demandante habría adquirido, aproximadamente, el 1% del capital social en la Bolsa de Valores de Lima, BVL, consciente de que se trataba de una sociedad anónima importante pero

que se hallaba incurso en un procedimiento concursal en el cual, como es de público conocimiento (y la demandante, en tanto inversionista de capital, no lo podía ignorar), a la junta de acreedores solo le quedaba (i) adoptar el acuerdo de salir ordenadamente del mercado vía disolución y liquidación de la empresa, o (ii) la reestructuración de la empresa (o reflotamiento), vía medidas urgentes y apremiantes.

7. Ninguna mayoría societaria, simple o calificada (ni aun el 99.9999% del capital social) puede acordar, sin razón valedera alguna, disponer la reducción del capital social a cero (0) si es que lo que procura con ello no es darle o conferirle formalidad a lo que ha ocurrido en la realidad, es decir, la pérdida contable, total y absoluta del capital social, en la medida en la que los pasivos exceden largamente a los activos. Hacerlo, contrariando esta premisa, sería cometer un delito contra el patrimonio, pues el aporte de los socios estaría siendo recogido o apropiado por algunos, en agravio de los socios o accionistas vigentes, quienes caerían en calidad de víctimas o agraviados. Así de simple.
8. Si se ha perdido el capital, no existe la figura del “derecho de separación” del art. 200°^[13] porque no hay nada que devolver ni reembolsar y si bien el art. 68.1^[14] de la Ley 27809 General del Sistema Concursal, LGSC, prevé que cuando la junta de acreedores acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titular del deudor podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente, lo es porque fueron ellos los fundadores, o quienes en algún momento impulsaron la empresa, o porque pueden existir, como tal vez lo sea (no lo podemos saber, en el caso de autos), intangibles no activados, es decir, *know how*, marcas, patentes, nombre comercial, logo, posesionamiento en el mercado, importantes proveedores, cartera de clientes u otros elementos o signos distintivos de la empresa, que la hagan económicamente atractiva, en cuanto a su subsistencia, y que por supuesto tienen un valor en tanto y en cuanto haya acreedores y/o proveedores, o clientes potenciales, interesados en reflotar y reactivar, la empresa, por y con legítimo interés, en un mercado como el nuestro, ciertamente competitivo. Pero el capital social aportado, en sí mismo, se tiene que haber perdido, y en forma, prácticamente, irremediable, a no ser por los intangibles u otros intereses crematísticos. Entonces, hay que tomar medidas drásticas y urgentes, rápidas, para evitar el colapso y el naufragio. No se trata de medidas de reflexión, de lenta revisión ni de largo aliento. O se salva hoy o se hunde hoy. No hay más.
9. Conste de otra parte, y este es punto central, que según el art. 132°^[15] de la Ley 27809, LGSC, el proceso específico para la discusión de materias concursales es el proceso contencioso administrativo. En reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional y desde hace varios años ya, se ha dicho y repetido, hasta el cansancio, que el Amparo no es alternativo, sino residual. No proceden los procesos constitucionales, reza el art. 5.2 del CPCo., “Cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”. Y de autos se desprende que se precisa de estación probatoria, la que está ausente en el proceso constitucional de amparo, como el presente.
10. No es verdad, de otra parte, que el proceso de disolución y liquidación no brinde protección constitucional alguna, a las minorías, en cuanto a sus derechos. Si se cuida, supervisa y controla la venta de los activos fijos, se enajenan las mercaderías excedentes, se cobran las

facturas pendientes, y se valoriza y vende, adecuadamente, los intangibles no activados, consiguiéndose un precio total razonable; y de otro lado, se pagan los pasivos en la forma preferencial prevista en la Constitución y en el Bloque de Constitucionalidad: (i) Créditos Laborales, (ii) Créditos Garantizados, (iii) Créditos Tributarios y (iv) Créditos Comunes, el saldo remanente se devuelve o reembolsa a los accionistas, siendo preferidos los accionistas sin derecho a voto, según lo prevé el tercer párrafo del art. 97° de la LGS¹⁶. El sexto párrafo del art. 414° de la LGS también hace referencia al derecho de las minorías a vigilar las operaciones de liquidación. Normatividad existe; la parte administrativa y operativa es la que hay que poner en marcha con arreglo a ley y estatutos.

11. Estando a lo expuesto, no hay evidencia en autos de que la amenaza o vulneración de los derechos constitucionales que dice la demandante, tales como el de propiedad, el de libre iniciativa privada, el de asociación y el de interdicción de la arbitrariedad, haya en efecto, ocurrido. Si en la Junta de Acreedores ha existido atropello, falta de orden o irrespeto al derecho de suscripción preferente a favor de la demandante para ejercitarlo, ello corresponde al nivel de los derechos “legales” que la demandante podrá ejercer en el contencioso-administrativo, mas no en el proceso constitucional de amparo. Hay que verificar si con oportunidad se alcanzaron los estados financieros auditados, si se publicó la agenda, si se pusieron a disposición los proyectos, las mociones, las propuestas, etc. (art. 130° LGS).

12. Según la Ley General del Sistema Concursal, LGSC, estando sometido un deudor, persona jurídica mercantil, a este procedimiento, es la Junta de Acreedores la que se sustituye a la Junta de Accionistas. Por eso, en más de una oportunidad he escrito y sustentado en sendas mociones, que nuestra Constitución Política, en su art. 70° debiera decir, “Salvo disposición especial de la Ley General del Sistema Concursal, a nadie puede privársele de su propiedad sino, exclusivamente, ...”porque perdido el capital social de la empresa, a sus dueños o titulares originales de participaciones o acciones, se les priva de su “otra propiedad”, la de sus intangibles no activados, y se hace con fines constitucionalmente válidos, salvar el crédito concedido, salvar a la empresa y todo lo que ella representa, socialmente, reflotarla, devolverla eficientemente al mercado, o salir de éste, ordenadamente, con respeto a los derechos y beneficios laborales, en primer lugar; a los créditos garantizados en segundo lugar, a los tributarios, en tercer lugar, y a los comunes, en cuarto y último término, tal como se dijo antes.

Siendo esto así, estando a los fundamentos glosados y al art. 5.2 del CPCo., mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda, dejando a salvo el derecho de la recurrente para que haga valer su pretensión en el cauce procesal correspondiente.

Sr.

BEAUMONT CALLIRGOS

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS CALLE HAYEN Y URVIOLA HANI

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Flor de María Ibáñez Salvador contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 17 de setiembre del 2008, corriente a fojas 142, que declara improcedente la demanda de autos. Los magistrados firmantes emitimos el siguiente voto:

1. Con fecha 17 de diciembre de 2007, la recurrente interpone demanda de amparo contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. ("FODINSA"), el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) – La Libertad y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros, con el objeto de que se declare nulos los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de la demandada Empresa Agraria Chiquitoy S.A., de fecha 6 de diciembre de 2006, en el entendido que estos vulneran sus derechos constitucionales a la libre iniciativa privada, libertad de empresa, libertad de trabajo, derecho a la propiedad, derecho al debido proceso corporativo particular y derecho a la interdicción a la arbitrariedad.
2. De la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 29 de agosto del 2007 que corre en autos a fojas 59 a 67, se advierte que la recurrente impugnó los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, dando mérito a la expedición de la Resolución N° 0031-2007/INDECOPI-LAL del 22 de enero del 2007, que declaró infundada la impugnación, sosteniéndose que si bien la impugnante manifestó su voluntad de beneficiarse con la suscripción preferente de acciones, lo hizo después de haber concluido el debate y votación sobre dicho tema, motivo por el cual no pudo hacer efectivo tal derecho.
3. Contra la resolución aludida la recurrente con fecha 12 de febrero del 2007 interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, el mismo que resolvió, mediante Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI, confirmar la impugnada que declara infundada la impugnación deducida.
4. Sin embargo pese a que la recurrente tomó conocimiento de la resolución administrativa desestimatoria, conforme es de verse de la cédula de notificación de fecha 11 de setiembre del 2007, que corre a fojas 58, quedando de esta forma agotada la vía administrativa, no recurrió en contra de la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que desestimó su pretensión, sino que por el contrario recurrió al amparo en contra de los acuerdos de Junta de Acreedores de fecha 6 de diciembre del 2006, alegando vulneración constitucional, cuando los acuerdos tomados en Junta, a la fecha de la interposición de la demanda, habrían prescrito, conforme a lo dispuesto en el artículo 44º del Código Procesal Constitucional CPConst. que establece que "[e]l plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda"; cuando la vía igualmente satisfactoria es la contenciosa administrativa, máxime si a la fecha de la interposición de la demanda de amparo los plazos para recurrir a la vía contenciosa administrativa no habían vencido.
5. El artículo 5º, inciso 2), del CPConst. establece que no proceden los procesos constitucionales cuando: "[e]xistan vías procedimentales específicas, igualmente

satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

6. En el caso de autos, tratándose de una resolución emitida por la administración, la vía correspondiente es la contenciosa administrativa, por ser igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado; es decir que, si el afectado dispone de otros mecanismos en la vía judicial ordinaria que tienen también la finalidad de proteger el derecho constitucional presuntamente vulnerado y son igualmente idóneos para la defensa de sus derechos que considera lesionados, debe acudir a ellos debido al carácter residual del proceso de amparo, en cumplimiento del precedente vinculante recaído en el Expediente N° 00206-2005-PA/TC.
7. Siendo esto así, entendiéndose que el amparo está dirigido en contra la Resolución N° 1569-2007/TDC-INDECOPI, la vía igualmente satisfactoria para el conocimiento de la pretensión es la contenciosa administrativa.

Siendo esto así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.2 del CPConst., nuestro voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda.

Sres.

**CALLE HAYEN
URVIOLA HANI**

^[1] Artículo 139.- Acuerdos impugnables

Pueden ser impugnados judicialmente los acuerdos de la junta general cuyo contenido sea contrario a esta ley, se oponga al estatuto o al pacto social o lesione, en beneficio directo o indirecto de uno o varios accionistas, los intereses de la sociedad. Los acuerdos que incurran en causal de anulabilidad prevista en la Ley o en el Código Civil, también serán impugnables en los plazos y formas que señala la ley.

No procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto.

El juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a lo prescrito en el párrafo precedente.

En los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se perjudica el derecho adquirido por el tercero de buena fe.

^[2] Artículo 140.- Legitimación activa de la impugnación

La impugnación prevista en el primer párrafo del artículo anterior puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, por los accionistas ausentes y por los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto

^[3] Artículo 142°.- Caducidad de la impugnación.

La impugnación a que se refiere el artículo 139° caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción.

^[4] Artículo 143°.- Proceso de impugnación. Juez competente

La impugnación se tramita por el proceso abreviado. Las que sustentan en defectos de convocatoria o falta de quórum se tramitan por el proceso sumarísimo.

Es competente para conocer la impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General el Juez del domicilio de la sociedad.

^[5] Según la LGS las formas societarias son siete: (i) Sociedad Anónima, (ii) Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada, (iii) Sociedad Colectiva, (iv) Sociedad Encomandita Simple, (v) Sociedad Encomandita por Acciones, (vi) Sociedad Civil Ordinaria y (vii) Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada. La Sociedad Anónima admite dos tipos o modalidades (aunque la Ley se equivoca al llamarlas "Formas Especiales de Sociedad Anónima", ver el título de la Sección Séptima, Art. 234°), la Sociedad Anónima Cerrada y la Sociedad Anónima Abierta.

^[6] Ver, entre otros, los artículos 103° Opción para suscribir acciones; 104° Adquisición por la Sociedad de sus propias Acciones; 238° Consentimiento por la Sociedad (en la SAC); 239° Adquisición Preferente en caso de Enajenación Forzosa (en la SAC); 200° Derecho de Separación del Accionista; 207° Derecho de Suscripción Preferente; 213° Aumento de Capital con aportes no dinerarios; 214° Aumento de Capital por capitalización de créditos; 217° Formalidades (de la Reducción del Capital); y 220° Reducción Obligatoria por pérdidas.

^[7] **Artículo 38.- Nulidad de acuerdos societarios**

Son nulos los acuerdos societarios adoptados con omisión de las formalidades de publicidad prescritas, contrarios a las leyes que interesan al orden público a las buenas costumbres, a las estipulaciones del pacto social o del estatuto, o que lesionen los intereses de la sociedad en beneficio directo o indirecto de uno o varios socios.

Son nulos los acuerdos adoptados por la sociedad en conflicto con el pacto social o el estatuto, así cuenten con la mayoría necesaria, si previamente no se ha modificado el pacto social o el estatuto con sujeción a las respectivas normas legales y estatutarias.

La nulidad se rige por lo dispuesto en los artículos 34°, 35° y 36°, salvo en cuanto al plazo establecido en el artículo 35° cuando esta ley señale expresamente un plazo más corto de caducidad.

^[8] **Artículo 150°.- Acción de nulidad, legitimación, proceso y caducidad**

Procede acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil.

Cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponer acción de nulidad contra los acuerdos mencionados en el párrafo anterior, la que se sustanciará en el proceso de conocimiento.

La acción de nulidad prevista en este artículo caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

^[9] **Artículo 35°.- Pretensión de nulidad del pacto social. Caducidad.**

La demanda de nulidad del pacto social se tramita por el proceso abreviado, se dirige contra la sociedad y sólo puede ser iniciada por personas con legítimo interés. La acción de nulidad caduca a los dos años de inscrita la escritura pública de constitución.

^[10] **Artículo 144°.- Condición del impugnante.**

El accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones.

La transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación.

^[11] **Artículo 36°.- Efectos de la sentencia de nulidad.**

La sentencia a firme que declara la nulidad del pacto social ordena su inscripción en el Registro y disuelve de pleno derecho la sociedad. La junta general, dentro de los diez días siguientes de la inscripción de la sentencia, designa al liquidador o a los liquidadores. Si omite hacerlo, lo hace el Juez en ejecución de sentencia, y a solicitud de cualquier interesado. La sociedad mantiene su personalidad jurídica sólo para los fines de la liquidación.

Cuando las necesidades de la liquidación de la sociedad declarada nula así lo exijan, quedan sin efectos todos los plazos para los aportes y los socios estarán obligados a cumplirlos, de inmediato.

^[12] **Artículo 407.- Causas de disolución**

La sociedad se disuelve por las siguientes causas:

4. Pérdidas que reduzcan el patrimonio neto a cantidad inferior a la tercera parte del capital pagado, salvo que sean resarcidas o que el capital pagado sea aumentado o reducido en cuantía suficiente;

5. Acuerdo de la junta de acreedores, adoptado de conformidad con la ley de la materia, o quiebra;

[13] Artículo 200°.- Derecho de separación del accionista

La adopción de los acuerdos que se indican a continuación concede el derecho a separarse de la sociedad:

1. El cambio del objeto social;
2. El traslado del domicilio al extranjero;
3. La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existencias; y,
4. En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.

Sólo pueden ejercer el derecho de separación los accionistas (...)

[14] Artículo 68°.- Capitalización y condonación de créditos

68.1 Cuando la Junta acuerde la capitalización de créditos, los accionistas, asociados o titular del deudor podrán en dicho acto ejercer su derecho de suscripción preferente. Será nulo todo acuerdo de capitalización de créditos adoptado sin haberseles convocado en el respectivo aviso.

[15] Artículo 132°.- Órganos de competencia exclusiva

132.1 Tienen competencia exclusiva para resolver las impugnaciones de las resoluciones que se emitan en cualquier procedimiento concursal en materias reguladas por esta Ley, las Comisiones de Procedimientos Concursales y el Tribunal del INDECOPI, en sede administrativa, y las Salas correspondientes, en sede judicial.

132.2 Las resoluciones que agoten la vía administrativa en los procedimientos concursales, sólo pueden ser impugnadas en la vía del proceso contencioso administrativo. Por consiguiente, no procede el uso de vías procesales distintas para impugnar acuerdos, decisiones o resoluciones en asuntos derivados de la aplicación de la Ley y sus normas complementarias, ni para suspender, invalidar o inaplicar sus efectos.

[16] Artículo 97.- Preferencia de las acciones sin derecho a voto

(...)

(...)

En caso de liquidación de la sociedad, las acciones sin derecho a voto confieren a su titular el derecho a obtener el reembolso del valor nominal de sus acciones, descontando los correspondientes dividendos pasivos, antes de que se pague el valor nominal de las demás acciones.

PERÚ- Sentencia 3

EXP. N.º 0022-2009-PI/TC

LIMA

GONZALO TUANAMA TUANAMA
Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 09 días del mes de junio de 2010, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Landa Arroyo, que se agregan.

ASUNTO

Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1089.

DEMANDA Y CONTESTACIÓN

a) Demanda contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales

Con fecha 01 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008.

- Los demandantes refieren que “sin entrar al fondo del contenido de la norma”, ésta fue promulgada sin efectuar ninguna consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo ordena el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), afectándose con ello los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como el derecho a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral, establecidos en los artículos 6, 15, 17 del mencionado convenio. De igual forma, expresan que no se tomaron en cuenta los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
- Alegan que con dicha norma se afectan otros derechos establecidos en el Convenio N.º 169, como el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas (artículos 13 al 19), en el considerando que no se tomaron en cuenta medidas que garanticen la protección de sus derechos de propiedad y posesión. Refieren que se afecta también el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas, previsto en el artículo 17 del Convenio, que declara el respeto de sus formas tradicionales de transmisión de sus territorios. Por último, alegan que se estaría vulnerando lo previsto en el artículo 19 del Convenio en cuanto se afecta el derecho al desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas.
- Expresan que este decreto legislativo “es de espíritu inconstitucional”, ya que tiene el evidente propósito de derogar el Decreto Ley N.º 22175 y su reglamento, el Decreto Supremo 003-79-AA, dejando vigente el Decreto Legislativo N.º 667, Ley de Registro de Predios Rurales.
- Alegan además que al no haberse respetado el derecho de consulta de los pueblos indígenas se ha contravenido el artículo 118, inciso 1 de la Constitución, que obliga al Presidente de la

República a cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

- Estiman, a manera de precisión, que el Decreto Legislativo ha sido promulgado en virtud de la Ley N.º 29157, que otorgó al Ejecutivo la “Facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del acuerdo de promoción comercial Perú- Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento”.
- Finalmente, en la sección IV de la demanda (Existencia y alcances de la infracción inconstitucional), alegan que el Decreto Legislativo N.º 1089, vulnera lo previsto en el artículo 6 inciso 1 a) y 2 del Convenio N.º 169 de la OIT (derecho al consentimiento previo, libre e informado), así como el artículo 19 de la DNUDPI. Además, sugieren que ello es una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio N.º 169, así como los artículos 70 y 88 de la Constitución.

b) Contestación de la demanda

Con fecha 19 de octubre de 2009, el Ejecutivo, a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda alegando lo siguiente:

- Explica que mediante el Decreto Legislativo N.º 1089 se ha dado un marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de propiedad rural, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtenga la titularidad sobre sus terrenos. Con el saneamiento de la propiedad y la titulación de predios rurales y su acceso a la formalidad del registro inmobiliario se otorga seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra.
- Expresa que el Decreto Legislativo N.º 1089, no ha excedido el marco delegado por la Ley N.º 29157, ya que este versa sobre materias específicamente delegadas por dicha Ley autoritativa, puesto que está dirigido a la mejora del marco regulatorio y a la promoción de la inversión privada y la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos.
- De otro lado argumenta que con el Decreto Legislativo no se está derogando la Ley N.º 22175, de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, máxime si es que el decreto legislativo es de carácter temporal y que no se ha pretendido legislar sobre derechos fundamentales de los pueblos indígenas.
- Subraya por su parte, que la DNUDPI no ha sido ratificada por el Estado peruano por lo tanto no forma parte de nuestro ordenamiento al no haber sido ratificado, careciendo de efectos vinculantes al Estado peruano.
- Alude además, que el Convenio N.º 169 de la OIT no es aplicable puesto que la población peruana es predominantemente mestiza. Las comunidades campesinas que en su origen fueron ancestrales –indígenas-, con el “desarrollo de la civilización ahora son mestizas, tal es el caso de las comunidades campesinas de la costa y de los valles interandinos de la sierra” (sic). En tal sentido, alegan que “darle la condición de pueblos indígenas a esas comunidades sería discutible, puesto que ellas indudablemente forman parte del sector mestizo prevaleciente en la sociedad peruana.” Sería arbitrario así, explica, que se considere a todas las comunidades como pueblos indígenas. Por tal motivo, resulta necesario una ley a fin de que se dicten los requisitos, condiciones y características que debería considerarse propios de los pueblos indígenas.
- Expresa adicionalmente que no se puede establecer la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N.º 1089, ni de ninguna otra norma legal con rango de ley por no haberse efectuado la consulta previa a los pueblos indígenas, por cuanto no existe una norma que establezca

cuáles son los pueblos indígenas en nuestro país, qué temas han de ser consultados y bajo que procedimiento se producirá la consulta.

- Finalmente, expresa que el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.º 1089 es una medida de alcance general y “no vincula expresamente de manera directa a las comunidades campesinas”. Agrega que el decreto legislativo es de carácter temporal, de lo que se debe concluir que la no realización de la consulta no implica la inconstitucionalidad de la norma.

FUNDAMENTOS

1. Como se aprecia de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta, los actores sostienen que la normativa cuestionada es inconstitucional debido a que fue aprobada sin que se haya realizado una consulta previa e informada a los pueblos indígenas, tal como lo estipula el Convenio N.º 169 de la OIT y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Por tal motivo, a fin de resolver el caso, resulta necesario revisar algunos aspectos o elementos propios de los pueblos indígenas, así como las obligaciones establecidas en su favor por los tratados o por declaraciones internacionales.
2. Si bien en la demanda planteada se alega que los cuestionamientos contra las normas son efectuadas “sin entrar al fondo del contenido de la norma”, a lo largo de la demanda existen otros argumentos que al parecer estarían cuestionando aspectos de índole material del decreto legislativo. No obstante ello, y en virtud de lo solicitado expresamente por los demandantes este Tribunal se remitirá a emitir pronunciamiento sobre la supuesta omisión del proceso de consulta.

§ I. El Estado peruano como un Estado pluricultural y pluriétnico

3. Del artículo 2, inciso 2, de la Constitución, se infiere un reconocimiento de la *tolerancia a la diversidad* como valor inherente al texto constitucional, lo que debe comprenderse, a su vez, como una aspiración de la sociedad peruana. En tal sentido, los individuos no pueden ser arbitrariamente diferenciados perjudicándoseles por motivos basados, entre otros, por su opinión, religión o idioma. Así, toda fuerza homogeneizadora que no respete o que amenace las singularidades de las personas identificables bajo algún criterio de relevancia constitucional debe ser erradicada. Con ello se pretende construir una unidad sobre la base de la diversidad, contemplando el derecho a la igualdad como protector de diferentes manifestaciones de la personalidad del ser humano. Es por ello que la Constitución, erigida sobre el reconocimiento de la dignidad de la persona, del que emanan los principios de libertad, igualdad y solidaridad, debe ser concebida desde una concepción pluralista que tutele las diferentes formas de percibir y actuar en la realidad. Así, en la STC 0042-2004-AI/TC, este Tribunal ha dicho que “la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; de ahí que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú” [fund. 1]. Pero no solo no desconoce, sino que la Constitución obliga a su tutela y protección. Así, lo específico y complejo de la protección de los grupos minoritarios étnicos ha significado que se planteen medidas constitucionales específicas para su defensa.
4. En esta línea, debe subrayarse el artículo 2, inciso 19, de la Constitución, que establece del derecho a la identidad étnica y cultural, el artículo 89 que establece que además del castellano, también son idiomas oficiales el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes en las zonas donde predominen. Por su parte, el artículo 89, reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa a las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, reiterándose de igual forma la obligación del Estado de respetar su identidad cultural. A su vez, el artículo 149, permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito de territorial, siempre que no vulneren derechos

fundamentales. De otro lado, se ha determinado que las tierras de las comunidades no son materia de prescripción, salvo que sean abandonadas. Y si bien se reconoce el respeto de la diversidad y el pluralismo cultural, ello se efectuará siempre que se materialicen “dentro del marco de respeto a los derechos fundamentales, los principios constitucionales y los valores superiores que la Constitución incorpora, tales como la dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución), la forma democrática de Gobierno (artículo 43) y la economía social de mercado (artículo 58)”. Es relevante mencionar también que el artículo 191 de la Constitución prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Con ello, los pueblos indígenas -término utilizado en el Derecho internacional- han sido proveídos con herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión (*Weltanschauung*).

§ II. Derecho a la identidad

5. Sobre el *derecho a la identidad étnica*, es pertinente precisar que de acuerdo a lo expresado por este Tribunal Constitucional, el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural (sentencia del Expediente 0006-2008-PI/TC, fundamento 21). Aquel consiste en la facultad que tiene la persona que pertenece a un grupo étnico determinado de ser respetada en las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la cual pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el *derecho de la etnia a existir*, de conformidad con la herencia de los valores de sus ancestros y bajo símbolos e instituciones que diferencian a tal comunidad de las demás. Asimismo, el reconocimiento de tal derecho “supone que el Estado social y democrático de Derecho está en la obligación de respetar, reafirmar y promover aquellas costumbres y manifestaciones culturales que forman parte de esa diversidad y pluralismo cultural [...]” (HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tecnos, Madrid; 2000, p. 34). En la STC 03343-2007-PA/TC, este Tribunal recogió lo expuesto en la Resolución Ministerial N.º 159-2000-PROMUDEH, que enumera una serie de manifestaciones de tal derecho. Así, se reconoce que el derecho a la identidad étnica es:

“el conjunto de valores, creencias, instituciones y estilos de vida que identifican a un Pueblo Indígena, Comunidad Campesina o Comunidad Nativa” y que tal derecho comprende: “a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles. [...]” (subrayado agregado).

§ III. Sobre la aplicabilidad de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DUNDPI)

6. Los demandantes han hecho una referencia directa al DUNDPI, alegando que no se han cumplido una serie mandatos contenidos en dicha declaración. De otro lado, el Ejecutivo alega que tal declaración no es aplicable en nuestro ordenamiento, puesto que no ha sido ratificada por el Estado peruano, por consiguiente, no sería aplicable al presente caso. Esta discusión hace necesario que el Tribunal Constitucional, determine cual de las soluciones propuestas es la constitucionalmente legítima.
7. Acerca de la DUNDPI, debe tenerse en cuenta que la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó “La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas” con fecha 13 de septiembre de 2007, cuyo texto fue adoptado con 143 votos a favor, 4 en contra y 11 abstenciones. Dicho documento, consta de 46 artículos los cuáles establecen principios jurídicos sobre los pueblos indígenas. Se trata de un instrumento de derecho internacional, debiendo considerarse de igual modo que se trata de una declaración y no de un tratado, por

lo que no cabe la ratificación. No obstante ello, debe explicarse que las declaraciones representan un amplio acuerdo y consenso de la comunidad internacional. En efecto, al ser el fruto de negociaciones y aceptación por la mayoría de la Asamblea General de las Naciones Unidas, conllevan una fuerza moral, además de una evidente orientación de la comunidad internacional hacia el respeto y la tutela de los pueblos indígenas, al plantear un contenido de los derechos humanos en el contexto de los pueblos indígenas.

8. El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria, lo que no implica que no tenga ningún efecto jurídico. Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados, representando su contenido un código de conducta sin que sean legalmente vinculantes. En tal sentido, la DNUDPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano.

§ IV. Sobre la aplicabilidad del Convenio N.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

9. En el caso del Convenio N.º 169 de la OIT, la situación es distinta. Como ya ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 03343-2007-PA/TC [fundamento 31], tal convenio forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, por lo tanto, como cualquier otra norma debe ser acatada. De otro lado, los “tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, ostentan rango constitucional” [STC N.º 0025-2005-PI/TC, Fundamento 33]”. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar -normativa e interpretativamente- las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes.

§ V. Argumentos esbozados por el Ejecutivo sobre la aplicabilidad del Convenio N.º 169 de la OIT

10. El representante del Ejecutivo ha argumentado que el Convenio N.º 169 no es aplicable puesto que la mayoría de la población peruana es mestiza. Se confunde con ello el reconocimiento de cierto sector de la sociedad como Pueblo Indígena y de otro lado la vigencia del Convenio N.º 169. Como se acaba de expresar el referido tratado internacional forma parte del ordenamiento, teniendo sus mandatos rango constitucional. Aspecto distinto será el de su aplicación, esto es, determinar quiénes son los sujetos pasibles de reclamar los derechos reconocido en el tratado. El artículo 1 del citado convenio explica que el ámbito de aplicación será el referido a los Pueblos Indígenas, los cuales son definidos como aquellos que descenden de poblaciones que habitaban el país o región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización o del establecimiento de las fronteras estatales, que conservan sus propias costumbres instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Este tipo de datos se tendrán que determinar en cada caso en concreto, lo que no significa que el convenio no forme parte del ordenamiento jurídico nacional. Por el contrario, debe afirmarse sin lugar a dudas que la normativa del Convenio N.º 169, forma parte del parámetro constitucional, por lo que si una norma de rango inferior la contraviene esta tendría que ser declarada inconstitucional. En consecuencia, argumentaciones como las planteadas por el Ejecutivo, deben ser desestimadas.
11. De otro lado, se ha argumentado también que el Convenio N.º 169 no ha sido reglamentado, por lo que no podría ser aplicado. El planteamiento subyacente a este argumento esgrime que el referido Convenio sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación doméstica que la desarrolle. Al respecto, este

planteamiento puede ser cuestionado desde dos diferentes perspectivas. En primer lugar, asumiendo como lo alega el Ejecutivo que se trata de una norma programática, debe tenerse presente que el Convenio fue suscrito por el Estado peruano en 1994, entrando en vigencia el 1995. Es decir, a la fecha han transcurrido más de 15 años de su entrada en vigencia, tiempo suficiente para su regulación, lo que no ocurrió por exclusiva responsabilidad del Estado. Esta argumentación no hace sino poner en evidencia una omisión por parte del Estado, debiendo por ello ser desestimada. En todo caso, este Tribunal no soslaya que con fecha 19 de mayo de 2010 el Congreso ha aprobado la *Ley sobre el Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios reconocidos en el Convenio N.º 169 de la OIT*, lo que importa un avance importante en la tutela del derecho de consulta.

12. En segundo lugar, no es un argumento constitucionalmente válido excusar la aplicación de derechos fundamentales debido a una ausencia de regulación legal o infra legal. Ello sería dejar en manos de la discrecionalidad estatal el cumplimiento de los derechos fundamentales, posición que riñe con el Estado Constitucional del Derecho en la que la Constitución vincula a toda la sociedad, incluyendo a los órganos constitucionales o a los llamados Poderes de Estado. Desde esta perspectiva, la naturaleza programática o aplicativa no tienen mayor incidencia puesto que lo concreto es que debido a una omisión normativa se deniega el ejercicio de una serie de derechos fundamentales a un sector de la sociedad. Más aun, en el caso de compromisos internacionales, deben tenerse presente los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El primero de ellos establece que: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe." Mientras que el segundo indica que; "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado." Si bien en este caso no se está justificando el incumplimiento del Convenio N.º 169 en base a una disposición de derecho interno, se pretende justificarlo en base a una omisión, situación que bien puede interpretarse subsumida en el mandato del artículo 27 de la convención mencionada.
13. En tal sentido, la omisión en la regulación de algún mandato *ius fundamental* contenido en un tratado internacional tampoco habilita al Estado a incumplir con las obligaciones emanadas de él. En todo caso, frente al vacío o deficiencia de la ley los entes jurisdiccionales no pueden dejar de administrar justicia (art. 139, inciso 8 de la Constitución). Desde luego, ello coloca al juez que debe aplicar dicha norma en una situación delicada y compleja, por cuanto, tendrán que configurar los elementos y requisitos del derecho sobre la base de situaciones concretas.

§ VI. El Derecho de consulta como diálogo intercultural

14. Con el Convenio N.º 169 de la OIT se pretende erradicar modelos de desarrollo que pretendían la asimilación de los pueblos indígenas a la cultura dominante. Con ello no se pretende situar a los pueblos indígenas en una posición de superioridad frente al resto de la población, sino, que los pueblos indígenas se vean beneficiados efectivamente **con los derechos fundamentales que han sido reivindicados en favor del grueso de la sociedad**. En efecto, los pueblos indígenas han existido desde antes de la aparición del Estado peruano, sin embargo, su presencia no ha significado su visibilidad o inclusión efectiva en las políticas de desarrollo. Debe de tenerse presente entonces el olvido histórico que estas poblaciones han padecido a fin de poder comprender no solo a los pueblos indígenas en sí, sino también a la normativa elaborada a fin de tutelar su particular realidad sociológica, cultural, política y económica. Así, la protección otorgada por el convenio se centra en elementos necesarios e indispensables para la conservación y garantía de la existencia de los pueblos indígenas, sin perjuicio de su desarrollo y voluntaria participación en la economía global. Ejemplo de ello será la regulación relativa a las tierras, el reconocimiento y respeto de su identidad y la procura de niveles superiores de educación, salud y calidad de vida.

15. Otro ejemplo será el derecho de consulta previa e informada establecido en el artículo 6 del Convenio N.º 169 de la OIT, que es una de las herramientas más importantes que tienen los pueblos indígenas. Es en realidad una verdadera garantía jurídica que permite en muchos sentidos tutelar a los intereses de los pueblos indígenas. En dicha disposición se indica lo siguiente:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus **instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente**; [...].

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberá efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas” (énfasis agregado).

16. De otro lado, el artículo 15 también hace referencia al derecho de consulta, sin embargo, este artículo establece la consulta para el específico caso de exploración y explotación de recursos naturales ubicados en los territorios de los pueblos indígenas. De esta manera, en el punto 2 de dicho artículo se establece que:

“En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, **los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras**. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (énfasis agregado).

17. El mandato establecido en el artículo 6 es uno de carácter general que pretende propiciar y materializar el diálogo intercultural en todos los diferentes estratos de intervención estatal sobre la situación jurídica de los pueblos indígenas. Dentro de ciertos ámbitos este mandato se refuerza con referencias específicas, por ejemplo, en el caso del ya referido artículo 15, pero también con el artículo 22 (tercer párrafo) y el 28, referidos estos últimos a la formación profesional y a temas educativos.

18. Por medio de tales medidas lo que se pretende es una **reivindicación en clave de inclusión** de los pueblos indígenas. Como ya se ha expresado antes, la historia de los pueblos indígenas en nuestro país, y en otras latitudes, ha estado marcada por la exclusión. Siendo grupos minoritarios, en diversas ocasiones han sido ignorados y violentados por traficantes informales, industriales sin escrúpulos y por el propio Estado. En tal sentido, con el reconocimiento de su identidad, la inclusión pretende la integración de los pueblos indígenas de una manera más justa, respetando la singularidad de su manera de expresar y demostrar su ciudadanía. Esta pretensión no se enmarca dentro de perspectivas de desintegración de lo desigual o atomización, sino más bien de la integración de lo pluricultural. Así, reconociendo la herencia cultural de los pueblos indígenas, el convenio pretende que estos puedan desarrollarse no solo como miembros de un pueblo indígena sino también como miembros de la nación peruana. En suma, el diálogo intercultural que es exigido por este convenio es el elemento que atraviesa dicho cuerpo normativo, persiguiendo con ello ya no la subordinación de una identidad dentro de otra, sino el respeto de las diversas manifestaciones culturales.

§ VII. Medidas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas

19. El artículo 6 del Convenio obliga a que se proceda a la consulta de los pueblos indígenas cuando, al *aplicar las disposiciones* del convenio, se prevean medidas legislativas y administrativas *susceptibles de afectarles directamente*. Y si bien en el caso de las resoluciones administrativas la tarea de identificar la medida administrativa que puede afectar directamente a un pueblo indígena no resulta tan compleja -debido a la característica de particularidad que por lo general tienen los actos administrativos-, frente a medidas legislativas la tarea resulta sumamente complicada. Puede resultar bastante sencillo determinar que una norma como la Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas (Ley N.º 26505), es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, ya que implica cambios relevantes y directos en la situación jurídica de éstos. Sin embargo, existen otro tipo de normas cuyo análisis no resulta tan sencillo.
20. En efecto, una ley de alcance general que pretende regular la conducta de todos los ciudadanos peruanos, y no particularmente la conducta de los miembros de los pueblos indígenas no implicaría una afectación directa a estos. Si bien, podría generar una modificación en la situación jurídica de los pueblos indígenas esto sería como consecuencia o efecto indirecto de la norma. Por ejemplo, la emisión de un Código Civil o un Código Procesal Penal si bien puede llegar a afectar a los pueblos indígenas, en principio, debe considerarse que se trata de normas que solo provocarían una afectación indirecta, por consiguiente, estarían eximidas del proceso de consulta a los pueblos indígenas.
21. En este contexto pueden observarse tres tipos de medidas legislativas, aquellas dirigidas exclusivamente a regular aspectos relevantes de los pueblos indígenas, en donde la consulta será obligatoria, por afectarles directamente. Y de otro lado, normas de alcance general, que podrían implicar una afectación indirecta a los pueblos indígenas. El tercer tipo de medida legislativa es aquella en la que determinados temas que involucren una legislación de alcance general, requiera establecer, en algunos puntos referencias específicas a los pueblos indígenas. En tales casos, si es que con dichas referencias normativas se modifica directamente la situación jurídica de los miembros de los pueblos indígenas, sobre temas relevantes y de una manera sustancial, es claro que tales puntos tendrán que ser materia de una consulta.
22. En el caso de autos se está cuestionando un decreto legislativo que en principio contiene normas de alcance general, esto es, que no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas. Esta norma genera una obligación jurídica para la generalidad de la sociedad y el Estado sobre temas que a su vez son de alcance general. En tal sentido, luego del análisis respectivo tendrá que determinarse si es que en ellas existe normativa que afecta directamente a los pueblos indígenas.
23. Respecto al artículo 15 del Convenio, es de precisar que tal supuesto se centra específicamente en el caso en que los intereses de los pueblos indígenas puedan perjudicarse en virtud de la exploración o explotación de recursos naturales existentes en sus tierras. Dicho mandato está directamente relacionado a la explotación de recursos naturales ubicados dentro del territorio indígena. Cuando ello ocurra se tendrá que proceder a consultar a las comunidades nativas que puedan perjudicarse con tales actividades. Debe comprenderse que no solo serán consultados aquellos pueblos indígenas en cuyo territorio se llevarán a cabo las actividades, sino por ejemplo, también los pueblos indígenas inmediatamente adyacentes a dicho lugar y que sean susceptibles de ser afectados.

§ VIII. El derecho de consulta no implica un derecho de veto de los pueblos indígenas

24. De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el diálogo intercultural.
25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

§ IX. Elementos y características del derecho de consulta

26. Las características esenciales del derecho de consulta revisten particular interés ya que de no tomarse en cuenta estas, las medidas consultadas, podrían ser materia de cuestionamientos. Así, de la propia normativa del convenio se extraen las principales características de este derecho, a saber: a) la buena fe, b) la flexibilidad, c) objetivo de alcanzar un acuerdo, d) transparencia; y, e) implementación previa del proceso de consulta. Estas características son también principios orientadores, así, en caso de presentarse vacíos en la legislación se tendrá que proceder en virtud de estos principios con el objetivo de maximizarlos. De igual forma, si estos elementos se encuentran ausentes, la afectación del derecho de consulta se tendrá que comprender como una de tipo arbitraria y por lo tanto inconstitucional.

a) Buena fe

27. Este Tribunal Constitucional estima que el principio de **buena fe** conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta. El principio de buena fe, debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con el se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta. Este principio debe verse concretado en las tres etapas elementales en que puede estructurarse el proceso de consulta, a saber: 1) *determinación de la afectación directa*, 2) *la consulta en sentido estricto*, y 3) *la implementación de la medida*. El respeto del principio de buena fe debe ser materializado a lo largo de estas tres etapas.
28. Por ejemplo, en la primera, cuando el funcionario prevea que la medida legislativa o administrativa es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas, debe comunicársele a las entidades representativas de los pueblos indígenas. No debe tratar de

impedirse o imponerse trabas que impida que dicha información sea conocida o que se concrete la consulta. El principio de transparencia obtiene un nuevo contenido en este escenario. En todo caso, frente a este tipo de contextos, los pueblos indígenas podrían utilizar las garantías judiciales pertinentes a fin de subsanar esta situación. En la segunda etapa indicada se comprende que las partes, y sobre todo el Estado, deben estar comprometidos en encontrar un consenso. Sería bastante fútil generar un espacio de discusión y diálogo intercultural, cuando lo que en el fondo se pretende es simplemente la mera apariencia de cumplimiento de la norma, sin que se recaiga en lo sustancial de la misma. Como lo explicita el artículo 6 del Convenio **la finalidad del diálogo será llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas**. Para ello se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. También debe tomarse en cuenta cuestiones relativas al clima y la accesibilidad de los miembros de los pueblos indígenas al lugar en donde se va a llevar a cabo la consulta. No debe optarse por lugares que sean de difícil acceso o que en determinada época del año sea de difícil acceso.

De otro lado, no se condice con el principio de buena fe que las entidades representativas de los pueblos indígenas se nieguen a llevar a cabo la consulta. Esta iniciativa de cerrar las puertas al diálogo y rechazar toda posibilidad de consenso no se condice con los principios del Convenio N.º 169. No obstante, las soluciones que pretendan superar esta situación tendrán que basarse en el principio de buena fe. Y es que el desafío al diálogo no debe ser refutado con respuestas sustentadas en similar criterio, sino con la legitimidad de quien cumple los principios del Estado Constitucional. En todo caso, debe tenerse en mente que cierta desconfianza puede ser comprensible debido a la situación de olvido en la que estuvieron los pueblos indígenas en el Perú, siendo marginados del desarrollo. Sin embargo, el que sea comprensible no implica que se justifique una posición como la descrita. Este tipo de situaciones por el contrario constituyen oportunidades para que el Estado se legitime y ejerza su potestad con pleno respeto por los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

29. Acerca de la última etapa, de nada servirá arribar a los consensos si es que luego, en la ejecución de lo consultado, se pretende hacer caso omiso a los compromisos asumidos. El respeto del principio de buena fe, exige que no se desconozca el espíritu del compromiso. El reto es mejorar la calidad de representación de los pueblos indígenas incorporándolos como grupos pluralistas en la dinámica participativa de la democracia.
30. Asimismo, es importante subrayar que los pueblos indígenas deben contar con un plazo adecuado y razonable a fin de que puedan reflexionar acerca de la situación ante la cual se encuentran. Se garantiza así el desarrollo del proceso de diálogo. Esos plazos pueden variar dependiendo de la medida que se esté consultando. Frente a este tipo de situaciones el principio de flexibilidad tendrá que activarse a fin de adaptar la consulta a cada situación.

b) Flexibilidad

31. Debido a la diversidad de pueblos indígenas existentes y la diversidad de sus costumbres, inclusive entre unos y otros, es importante que en el proceso de consulta estas diferencias sean tomadas en cuenta. De igual forma, y como ya se ha indicado, las medidas a consultar tienen diversos alcances, siendo por ello pertinente ajustar a cada proceso de consulta al tipo de medida, sea administrativa o legislativa que se pretende consultar. Es por ello que en el artículo 6 del Convenio se establece que las consultas deben ser llevadas a cabo de una "manera apropiada a las circunstancias".
32. De igual forma, el principio de flexibilidad tendría que entrar a tallar en la intensidad de la consulta cuando esta sea realizada en un contexto de exploración y cuando se pretende la explotación. Si bien en ambos casos procede la consulta, no es menos cierto que en principio la intervención será mayor con la explotación que con la exploración. En tal sentido,

ello tendrá que ser tomado en cuenta al momento de analizar la realización del derecho de consulta y los consensos a los que se arriben. Así, mientras mayor intensidad de intervención se prevea, mayor escrutinio tendrá que existir al momento de revisar el proceso de consulta. Ello debido a que se está frente a una intervención que en principio será importante y de un mayor nivel de afectación. En tal sentido, importa mayor participación por parte de los pueblos indígenas directamente afectados.

c) Objetivo de alcanzar un acuerdo

33. Debe entenderse que lo que se pretende con el proceso de consulta es que se lleve a cabo un **verdadero diálogo intercultural**. La intención es que dentro de la pluralidad de sujetos de diversas culturas se pueda entablar un diálogo, tomando en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena y evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto. Con la finalidad no solo de obtener acuerdos que signifiquen garantizar los legítimos intereses de los pueblos indígenas como la preservación de la calidad ambiental de su territorio, de sus diversas actividades económicas y culturales, en su caso de la justa compensación e incluso, la completa adecuación a nuevos modos de vida; sino en especial al concepto de coparticipación en el disfrute de la riqueza obtenida por la industria ubicada dentro del territorio de determinados pueblos indígenas, los que deberán resultar notoriamente beneficiados.
34. Puesto que el Convenio N.º 169 ha sido suscrito y ratificado por el Estado peruano, es evidente que le impone obligaciones. En este caso la obligación de llevar a cabo la consulta. Es por ello que el **Estado peruano es el responsable que se lleve a cabo la consulta**. Ello desde luego no diluye la responsabilidad de los pueblos indígenas de plantear organizaciones que puedan detectar previamente al dictado de las medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente, y por lo tanto, plantear al órgano estatal pertinente que se lleve a cabo la consulta. Ello pone a prueba la transparencia con la que opera el Estado al momento de establecer medidas, en este caso, relativas a los pueblos indígenas.

d) Transparencia

35. El principio de transparencia también es inherente al proceso de consulta. Si bien se ha visto manifestación de éste cuando se hizo referencia al principio de buena fe, aquel tiene una relevancia que permite enfatizar su autonomía. Ya se adelantó que en cuanto se establezca que determinadas medidas pueden afectar directamente a los pueblos indígenas, estas deben ser puestas en conocimiento de dichos pueblos. También es importante que se establezca cuales van a ser las consecuencias de tales medidas, sean estas positivas o negativas. Es importante también que se conozcan cuales van a ser las metodologías de la consulta, así como las normas pertinentes que sustenten la medida. El principio de transparencia también implica que la documentación relevante tendría que ser traducida a fin de que la comprensión de los mismos pueda garantizarse como plenitud. También se tendrán que tomar en cuenta las costumbres de cada pueblo indígena, evaluando la mejor metodología aplicable para cada caso en concreto.

e) Implementación previa del proceso de consulta

36. Otro punto característico es que la consulta se lleve a cabo **en forma previa** a la toma de la decisión. Y es que la idea esencial de la inclusión de los pueblos indígenas en la discusión del proyecto de la medida administrativa o legislativa es que puedan plantear sus perspectivas culturales, con la finalidad de que puedan ser tomadas en cuenta. La consulta es una expectativa de poder, de influencia en la elaboración de medidas que van a tener un impacto directo en la situación jurídica de los pueblos indígenas. Trasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la intervención subyacente en la consulta. Además generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los

hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe. En todo caso, las condiciones de los hechos pueden determinar ciertas excepciones, aunque estas siempre serán revisadas bajo un examen estricto de constitucionalidad debido a la sospecha que tales situaciones generan.

§ X. El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta

37. El contenido constitucionalmente protegido de este derecho importa; i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta.
38. En lo que al primer supuesto importa, resulta evidente que si se cumple la condición establecida en el convenio, esto es, si se prevé que una medida legislativa o administrativa será susceptible de afectar directamente a algún pueblo indígena y no se realiza la consulta, es manifiesto que el derecho de consulta sería pasible de ser afectado.
39. En lo que respecta al segundo supuesto indicado, debe comprenderse que si la consulta se lleva a cabo sin que se cumpla con las características esenciales establecidas es evidente que se estaría vulnerando el derecho de consulta. Por ejemplo, la realización de la consulta sin que la información relevante haya sido entregada al pueblo indígena o que no se le haya dado un tiempo razonable para poder ponderar los efectos de la medida materia de la consulta. De generarse estas situaciones procedería su cuestionamiento ante las entidades respectivas.
40. El tercer supuesto implica proteger a las partes de la consulta, tutelando los acuerdos arribados en el proceso. La consulta realizada a los pueblos indígenas tiene como finalidad llegar a un acuerdo, ello no implica otorgar un derecho de veto a los pueblos indígenas. En tal sentido, si es que una vez alcanzado el acuerdo, posteriormente este es desvirtuado, los afectados podrán interponer los recursos pertinentes a fin de que se cumpla con los acuerdos producto de la consulta. Y es que en tales casos, el principio de buena fe se habrá visto afectado. Así, si bien los pueblos indígenas no pueden vetar la ejecución de la medidas consultadas, los consensos arribados en la negociación deben ser respetados de lo contrario, se estaría desvirtuando la esencia misma del proceso de consulta.

§ XI. Etapas del proceso de consulta

41. Si bien el Convenio N.º 169 está vigente en nuestro país desde 1995, su aplicación no ha sido asumida por el Estado de manera regular. De otro lado, no se han presentado ante esta instancia litigios en los que se discuta este derecho. En tal sentido, y en virtud de la finalidad propedéutica que tiene la jurisprudencia de este Tribunal, resulta relevante que se den algunas pautas a fin de que se configure claramente el proceso de consulta:
 - i) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida.
 - ii) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación.
 - iii) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha.
 - iv) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación.
 - v) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la

etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a la peticiones del pueblo indígena.

§ XII. Consideraciones en torno al territorio de los pueblos indígenas

42. En la segunda parte del Convenio N.º 169 se hace referencia a las tierras de los pueblos indígenas, debiendo el Estado parte tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que estos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. Se establece así en su artículo 15 que los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos se verían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Se establecen también, disposiciones que establecen la indemnización a la cual serán acreedores aquellos pueblos que hayan sido trasladados o reubicados por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido.
43. En la demanda y en la contestación se ha hecho referencias al territorio que ocupan los pueblos indígenas. Este sería uno de los puntos que los demandantes alegan que es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas. Es decir, de acuerdo a los demandantes, las medidas legislativas serían susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas sobre todo en materia relativa a la posesión y propiedad de sus tierras. Por ello debe tenerse presente algunas consideraciones entorno a este tema. Así, como elemento característico que configura la concepción de la tierra de los pueblos indígenas, debe observarse el artículo 13 del Convenio N.º 169 de la OIT que establece que los gobiernos deben respetar la importancia que las culturas y los valores de su relación con sus tierras o territorios. En el inciso 2, de dicho artículo se establece que la utilización del término “tierras” deberá incluir el concepto de “territorios”, esto, debido a la importancia que los pueblos indígenas le dan a los territorios en donde habitan, situación que no pasó inadvertida por el constituyente que estableció en el artículo 89 de la Constitución de 1993, la autonomía en el uso y la libre disposición de sus tierras, siendo la propiedad de estas imprescriptible, “salvo en el caso de abandono” previsto en el artículo 88.

§ XIII. Sobre la obligación del Estado de delimitar los territorios indígenas

44. Por lo expuesto, es de suma relevancia que el Estado refuerce y dinamice las labores de limitación de los territorios indígenas a fin de brindar una apropiada protección jurídica a los pueblos indígenas, mediante la concretización de los derechos de propiedad de los territorios que cada comunidad ocupa. Con ello también se estaría promoviendo la seguridad jurídica puesto que al momento de lotizar o emprender estudios y acciones con miras a desarrollar la exploración y explotación de recursos naturales se tendría una adecuada perspectiva de la realidad y de cuales son los pasos necesarios a fin de llevar a cabo ese tipo de procesos sin vulnerar derechos fundamentales de los pueblos indígenas. La apertura económica del mercado pasa por brindar seguridad a los agentes a través de la información sobre las “reglas de juego” las que, en el fondo, no son más que la normativa dirigida a procurar el bien común, así como tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del imprescindible respeto por la lógica de la economía social de mercado. Con ello se pretende alcanzar el difícil equilibrio entre inversión, justicia y progreso.

§ XIV. El abandono de las tierras indígenas

45. Dentro del respeto de las costumbres, es decir, la manifestación de la identidad de los pueblos indígenas, pueden existir prácticas que incluyan el no habitar durante determinado tiempo cierto sector de su territorio debiendo observarse cada caso bajo el principio de

razonabilidad. El artículo 89 de la Constitución debe interpretarse dentro del resto de enunciados constitucionales y del Convenio N.º 169. Así, en virtud del principio de *unidad de la Constitución* y el *principio de unidad integradora*, desarrollados por la jurisprudencia de este Tribunal [Exp. N.º 05854-2005-PA/TC, f. 12], el resultado de la interpretación constitucional debe considerar la identidad indígena de quien detenta la propiedad y tomar en cuenta sus costumbres.

46. De tal manera, frente a un caso relativo a territorio indígena, no pueden aplicarse criterios propios de un contexto urbano, dejando a un lado la costumbre de los pueblos indígenas, puesto que ello devendría en una posible vulneración del derecho fundamental de tales pueblos y de sus integrantes. Esto se explica en parte por el tipo de relación existente entre los pueblos indígenas y el territorio ancestral en el que habitan. Es por ello que el artículo 14 del Convenio N.º 169, ordena tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas interesados en utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

§ XV. Consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre territorio indígena

47. De acuerdo a lo estipulado en el artículo V del Código Procesal Constitucional el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos. De ahí la importancia de las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, para la labor que realiza este Tribunal Constitucional. Dicho artículo, que en realidad es la consolidación de la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, que se originó en la sentencia del Expediente N.º 00218-2002-HC/TC (fundamento 2), ha sido desarrollado por este Tribunal en la sentencia del Expediente N.º 007-2007-PI/TC, expresando que: “las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso” En tal sentido, a continuación se procederá a presentar algunos de los criterios más importantes que la Corte ha vertido en materia relativa a la protección del territorio indígena.
48. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado, en opinión que este Tribunal comparte, que “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras” [*Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrafo 131]. De esta forma, se observa un concepto más amplio y diferente de los derechos territoriales, relacionado directamente con la supervivencia del pueblo indígena y “con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” [párrafo 146].
49. Es también útil recordar que previamente a la sentencia referida, en la sentencia del *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*, se subrayó la tradición comunitaria de la propiedad colectiva de la tierra de los pueblos indígenas. Se indicó así que la “pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.” Se resaltó además que para los pueblos indígenas “la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” [párrafo 149].

50. También es importante tener presente las posturas respecto a la relación existente entre la posición y la propiedad de los territorios de los pueblos indígenas. La Corte ha sintetizado su posición sobre este tema en la sentencia del *Caso Comunidad Indígenas Sawhoyamaya vs. Paraguay*, concluyendo en su párrafo 128 lo siguiente:

“1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.”

51. Lo expuesto no significa que se esté frente a un derecho absoluto. Como es conocido los derechos interactúan entre sí y también con otros bienes jurídicos constitucionales, debiendo ponderarse cada uno de ellos en casos de colisión. Como se aprecia en el punto 3 del párrafo citado, se considera la adquisición de la propiedad de buena fe, siendo factible que el Estado indemnice a los pueblos indígenas que hayan sido afectados por tal enajenación. Todo ello no significa que este tipo de medidas deban ser moneda común, sino más bien excepcional, de lo contrario se generaría una sospecha que podría desvirtuar la buena fe y de este modo afectar la propia transferencia del inmueble. De igual forma, el artículo 70 de la Constitución establece que en virtud de seguridad nacional o necesidad pública y previo pago efectivo de una indemnización (que incluya compensación por eventual perjuicio) es factible la expropiación. Tal situación tampoco debe ser considerada como una opción inicial, debiendo ser por el contrario la excepción.

§ XVI. La coparticipación de la riqueza. La indemnización como beneficio compartido.

52. Es cierto que cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales. **Es por ello, que la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios ancestrales originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Solo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos.** De igual forma tendrá que considerarse ello cuando la indemnización sea consecuencia de intervenciones sobre propiedad de los pueblos indígenas tales como la servidumbre.
53. El esquema de apertura para inversión no es contrario a los principios de la justicia distributiva. Ambos esquemas deberán interactuar a fin de lograr la explotación razonable de recursos y el bienestar común. Evidentemente alcanzar tal equilibrio no es consecuencia de un solo acto o de la labor de una sola entidad pública sino del Estado en su conjunto, esto es, a partir de una política de Estado que progresivamente comience a brindar prestaciones y servicios adecuados para el bien común.

§ XVII. Análisis de la norma cuestionada

54. La norma cuestionada establece el marco normativo para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización y titulación de predios rurales, generando condiciones idóneas para que los agricultores obtengan la titularidad sobre sus terrenos. Con el saneamiento de la propiedad y la titulación de predios rurales y su acceso a la formalidad del registro inmobiliario se otorga seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra. Así, el Decreto Legislativo N.º 1089 declara de interés público la formalización y titulación de los predios rústicos y tierras eriazas habilitadas a nivel nacional por un período de 4 años contados a partir de la vigencia de tal decreto legislativo. Tal como se aprecia en la exposición de motivos, con el decreto legislativo se pretende establecer un régimen extraordinario de formalización, facultando al Organismo de Formalización de Propiedad Informal -COFOPRI- a que ejecute procesos de formalización y titulación masivos de propiedad rural de manera directa, rápida, simplificada y segura.
55. Sin embargo, en la propia exposición de motivos de la norma se declara de interés público nacional no solo la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, sino también a las Comunidades Campesinas y Nativas. Esta referencia no fue incluida en el decreto legislativo, generando con ello cierta confusión. Y es que si bien en la norma no se hace referencia específica a las tierras de los pueblos indígenas, tampoco son materia de exclusión de los alcances de la norma. En el segundo párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo se establece que únicamente están excluidos los predios que se encuentran comprendidos en procesos de inversión privada y los declarados de interés nacional. Lo expuesto es relevante porque podría significar la afectación directa de los derechos de los pueblos indígenas, esto es, una modificación inmediata y significativa de la situación jurídica de los pueblos indígenas y sus integrantes. Por el contrario, si es que no se determina tal relación de afectación, entonces no sería necesario llevar a cabo la consulta y la presente demanda devendría en infundada.
56. En virtud del principio de conservación de la ley -que exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada [STC 004-2004-CC/TC, fund, 3.3]- debe ponderarse la interpretación de la norma. Y es que la declaratoria de inconstitucionalidad solo procede cuando se trata de una inconstitucionalidad evidente y cuando no exista otra disposición o interpretación factible. Por consiguiente, observándose que la norma bajo cuestionamiento permite interpretar que los alcances de su articulado excluyen a los Pueblos Indígenas, es de esta manera en que debe ser comprendida o interpretada la norma. En este sentido, y solo de esta manera la norma sería constitucional, puesto que la regulación no recae sobre los Pueblos Indígenas. En suma, la norma bajo análisis es constitucional en tanto se excluya de su aplicación a los pueblos indígnas, de otra forma, la norma habría tenido que ser sometida a un proceso de consulta.
57. Al respecto, es de considerar que el propio Ejecutivo así lo ha interpretado. Y es que el Decreto Supremo N.º 032-2008-VIVIENDA -que reglamenta la norma cuestionada-, en el artículo 3, numeral 1, establece el ámbito de aplicación de la norma, no siendo aplicables los procedimientos establecidos a los territorios de comunidades campesinas y nativas. De igual forma, el artículo 15, establece que el diagnóstico físico legal de la unidad territorial será elaborado y suscrito por un abogado y un ingeniero en ciencias agrarias, debiendo contener, entre otros aspectos, la identificación del territorio de las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, inscritas o no, a efectos de garantizar que no se aplique sobre dicho territorio los procedimientos previstos en dicho Reglamento. En el artículo 77 también se aprecia que las disposiciones establecidas sobre tolerancias registrales permisibles, no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas. Y en el artículo 79 se establece que las disposiciones establecidas sobre rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas no son aplicables al territorio de las comunidades campesinas y nativas.

58. Como se aprecia, el reglamento especifica que el presente decreto legislativo no es aplicable al ámbito de los territorios de los pueblos indígenas. Esta exclusión debe entenderse que alcanza a los territorios de los pueblos indígenas que cuenten con o sin reconocimiento. En estos últimos casos, en todo caso, las partes tienen el legítimo derecho para iniciar las acciones legales a fin de subsanar la situación generada. Es de precisar que ello no implica que se esté frente a una inaplicación de los alcances de una norma de rango legal, sobre la base de un decreto supremo. Se trata más bien de la propia interpretación del decreto legislativo de conformidad con la Constitución. Así, lo relacionado con la delimitación del territorio de los pueblos indígenas es ordenado legalmente por las normas específicas sobre la materia. En tal sentido, este Tribunal considera que al no haberse determinado que las normas del presente decreto legislativo sean *susceptibles de afectar directamente* a los pueblos indígenas, al no ser los pueblos indígenas sujetos pasivos de la norma, no resulta necesario llevar a cabo el proceso de consulta. Por lo tanto, la demanda debe ser desestimada por no haberse vulnerado el derecho de consulta con el Decreto Legislativo N.º 1089.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.
2. **INTERPRETAR** el Decreto Legislativo N.º 1089 de conformidad con el fundamento 57 de la presente sentencia, debiendo comprenderse que la norma no es aplicable para el caso de los pueblos indígenas.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

EXP. N.º 00022-2009-PI/TC
LIMA
GONZALO TUANAMA
TUANAMA Y MÁS
DE 5,000 CIUDADANOS

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Llega a esta sede la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 28 de junio de 2008, cuestionándose principalmente que la norma cuestionada ha sido emitida sin que se lleve a cabo la consulta previa e informada a los pueblos indígenas, conforme lo dispone el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), afectándose con ello los derechos fundamentales a la consulta previa y el derecho colectivo al territorio ancestral establecido en los artículos 6, 15 y 17 del mencionado convenio, y los artículos 19, 30 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas. Asimismo refieren que con la normatividad cuestionada se le está vulnerando el derecho sobre las tierras de los pueblos indígenas, el derecho a la libre determinación de las comunidades nativas y el desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas.

Finalmente sugieren los demandantes que ello es una interpretación restrictiva del derecho de propiedad y posesión de los pueblos indígenas contraviniendo los artículos 13 y 14 del Convenio N° 169 de la OIT, así como los artículos 70° y 88° de la Constitución Política del Perú

2. El Poder Ejecutivo a través del Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros contesta la demanda señalando principalmente que el decreto cuestionado se ha emitido para simplificar y optimizar los procedimientos de formalización de propiedad rural, generando condiciones idóneas para que los agricultores formalicen su situación y en consecuencia obtengan la titularidad sobre sus predios rurales y su acceso a la formalidad. Asimismo refiere que la delegación otorgada no ha sido excedida puesto que se busca la mejora del marco regulatorio y la promoción de la inversión privada y la mejora de la competitividad de la producción agropecuaria, con la finalidad de mejorar la competitividad económica para aprovechar el acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos. Agregan que el decreto legislativo cuestionado no está derogando la Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, no sólo porque el decreto es de carácter temporal sino que no se está afectando de manera alguna los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.
3. La Constitución Política del Perú en su artículo 89° reconoce que *“Las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.*

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.”
(RESALTADO NUESTRO)

4. Es así que el Estado por medio de su Carta Constitucional reconoce su diversidad pluricultural y étnica, por lo que en respeto al principio-derecho de dignidad de la persona humana, del cual se desprenden los otros derechos fundamentales de la persona humana, debe tutelar diversas formas de concebir el mundo, es decir la cosmovisión que tienen de lo que los rodea. Es necesario mencionar que muchos de los Estados y la definición de sus territorios han sido producto de luchas entre países, por lo que las conquistas han traído como consecuencias pluralidad de naciones dentro un mismo Estado. Es así que encontramos diversas manifestaciones culturales, exteriorizadas en singulares formas de convivencia, por lo que el Estado, tras largas luchas por la defensa de derechos fundamentales, se ha visto en la obligación no sólo de respetar dichas formas de convivencia sino de buscar mecanismos tendientes a garantizar que éstas comunidades subsistan, claro está todo dentro del marco del respeto de los derechos fundamentales.
5. En esta línea a los pueblos indígenas se les ha reconocido una serie de derechos fundamentales a fin de proteger su etnia, sus costumbres, sus usos, etc, por lo que al existir un reconocimiento constitucional, éstos quedan facultados para reclamar judicialmente el respeto de dichos derechos. En conclusión, el Estado, en su función pacificadora, debe respetar y garantizar los derechos fundamentales de las diversas manifestaciones culturales, reconociéndole su identidad étnica y su arraigo con la comunidad en la que se desarrollan sus integrantes.
6. Asimismo encontramos el Convenio N° 169 de la OIT, brindando un soporte a la normatividad constitucional nacional, de manera que la interpretación que se realice respecto a la normativa constitucional no puede ser contraria a la interpretación que realizan los instrumentos internacionales. Lo vertido en el mencionado convenio es de suma importancia puesto que reconoce y brinda protección a los pueblos indígenas, señalando principalmente que *“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;”*
7. En tal sentido queda claro que existe protección constitucional e internacional respecto a la protección de los pueblos indígenas. En este contexto uno de los derechos que se les reconoce a éstos es el derecho de consulta, de manera que el Estado se ponga en contacto directo con estos pueblos verificando la existencia –como se denomina en el proyecto en mayoría– de un dialogo intercultural, buscando recoger versiones tendientes a coadyuvar al Estado en su función de protección ante alguna medida que afecte directamente su desarrollo y vivencias. Es así que debe determinarse qué medida, tanto legislativa como administrativa, debe ser pasible de reputarse como inconstitucional o ilegal por afectar derechos fundamentales de los pueblos indígenas, de manera que no se cuestione cualquier medida asumida por un ente estatal con la simple argumentación de afectación de derechos, ya que es necesario que exista un agravio real y concreto expresado en un acto ilegal que vulnera derechos fundamentales. Es así que se exige que el cuestionamiento que se realice a una norma a fin de denunciarla de atentatoria de derechos fundamentales de los pueblos indígenas, debe de contener los argumentos tendientes a expresar de qué forma la medida legislativa, por ejemplo, le está afectando sus derechos, debiendo evidenciar de sus argumentos que la afectación debe ser a un aspecto relevante de la comunidad y no un aspecto que puede resultar hasta insustancial o irrelevante.
8. Es así que encontramos en el proyecto en mayoría la referencia al derecho al veto, expresando *la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. (...) Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto.”* Es así que se establece la obligatoriedad de que se realice el proceso de

consulta, pero sin que ello implique de ninguna manera el derecho al veto por parte de los pueblos indígenas. Respecto a ello considero necesario expresar que dicha afirmación de ninguna manera puede significar que el Estado realice la consulta respecto de una medida que afecte directamente a las comunidades sólo por mero formalismo, sino que dicho derecho sea ejercido a cabalidad, siendo obligación del Estado brindar los mecanismos, legales o administrativos, de manera que el proceso de consulta se lleve con eficacia. Qué pretendo señalar con esto?, que se evite una actitud estatal que traduzca el derecho de consulta en *un saludo a la bandera* y no sólo simple obligación Estatal. Es en tal sentido que el señalar a rajatabla que los pueblos indígenas no tienen derecho a veto puede implicar que la balanza se vea inclinada a favor del Estado, puesto que por mero cumplimiento realizarían el procedimiento de consulta, sin que finalmente se lleve a cabo el objetivo constitucional establecido, como es el dialogo intercultural y la función pacificadora. Por ello es necesario que se establezcan mecanismos tendientes al aseguramiento de que la exigencia de la consulta se lleve a cabo a cabalidad, verificándose debidamente i) la existencia del dialogo entre las partes, ii) cuáles son las objeciones u observaciones ante la medida a implementarse, iii) si las objeciones u observaciones son razonables y iv) si el Estado analizó, evaluó y, de ser estrictamente necesario, si asumió la observación realizada, debiendo fundamentar su decisión, ya sea para dar una negativa o para adoptar alguna medida como consecuencia a la observación hecha. Todo ello debe ser estrictamente requerido y sustentado, de manera que se busque la eficacia del proceso de consulta, verificándose que el Estado adopte todos los mecanismos idóneos para que el procedimiento señalado no sea sólo un mero formalismo, vaciando de contenido al derecho de consulta.

9. En conclusión no puede existir el derecho al veto en la forma como suele considerarse, es decir como necesario rechazo a la medida que el ente estatal pudiera dar, porque es éste a través de sus gobiernos de turno el llamado a fijar las políticas en las materias que le conciernen como gobernante sin dejar la posibilidad de que cada vez que un pueblo denominado indígena no está de acuerdo con alguna medida dictada por el Ejecutivo pueda con su simple expresión prohibir la ejecución de lo ya decidido.
10. Con lo expuesto sólo pretendo de que el derecho de consulta sea ejercido a cabalidad, buscando la intervención activa de las partes, de manera que no se produzcan posiciones abusivas por ninguna de ellas. Con ello no quiero expresar una posición parcializada en defensa de las comunidades nativas sino la eficacia del procedimiento de consulta que involucra a ambas partes, las que deben actuar bajo el principio de buena fe.
11. Es así que concuerdo con el proyecto en mayoría, puesto que se cuestiona una norma que, primero, es de carácter general, es decir no está dirigida específicamente a los pueblos indígenas sino a los que se encuentren en dichas circunstancias; y segundo, que si bien en el Decreto Legislativo cuestionado en su contenido no indica que la disposición no es aplicable a los territorios de los pueblos indígenas, en su Reglamento sí se realiza dicha especificación, por lo que la norma la norma debe de interpretarse en ese sentido.
12. Finalmente debo expresar que no estoy de acuerdo con la referencia que se hace en el proyecto en mayoría respecto a la figura de la expropiación, puesto que no es materia que deba ser objeto de mención en el caso de autos

Mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1089, debiéndose interpretar dicha norma de acuerdo a lo expresado en el fundamento 11.

Sr.
VERGARA GOTELLI.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Con el debido respeto de los magistrados, emito el presente fundamento de voto en base a los siguientes argumentos:

1. Con fecha 1 de julio de 2009, se interpone demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regula el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, publicada en el diario oficial El Peruano el 28 de junio de 2008. Alegan que esta norma fue promulgada sin efectuar la consulta previa e informada a los pueblos indígenas, como ordena el Convenio 169 de la OIT, afectándose el derecho a la consulta previa e informada, el derecho colectivo a la territorio, la libre determinación de los pueblos indígenas, el respeto de sus formas tradicionales de transmisión de sus territorios y el derecho al desarrollo de políticas agrarias adecuadas para los pueblos indígenas. Asimismo, refiere que no se ha tomado en consideración la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países independientes

2. El Convenio 107 de la OIT parte de la idea de que es “la promoción de mejores condiciones sociales y económicas para los pueblos indígenas en general (el objetivo), pero dentro de un esquema que no parece un futuro para formas culturales y asociativas indígenas permanentes y políticamente significativas”, además este Convenio se concibe “en función de los miembros de las poblaciones indígenas y sus derechos como individuos en pie de igualdad en relación con la sociedad en su conjunto”. Asimismo, si bien este Convenio reconoce “el derecho consuetudinario indígena y el derecho a la propiedad comunal de la tierra. Este reconocimiento, tiene un carácter transitorio y se ve eclipsado por una persistente deferencia e incluso preferencia por programas nacionales de integración y asimilación no coercitivas.”^{751[1]}
3. Por el contrario, el Convenio 169, fruto de la revisión del Convenio 107 de 1957, significa un profundo cambio en la política de la comunidad internacional referidas sobre todo a los conceptos de la *integración y asimilación* que era parte fundamental del Convenio 107, por tanto la idea básica se centra en superar estas concepciones *anacrónicas*, y plantear como idea básica el reconocimiento de las “aspiraciones de estos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco del Estado en que viven;”^{752[2]}
4. Nuestro país conciente de la importancia de este Convenio y considerando la riqueza cultural y vulnerabilidad de los pueblos indígenas en el Perú, aprobó mediante Resolución Legislativa N.º 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
5. Al respecto, este Colegiado al interpretar la Constitución ha establecido que los tratados internacionales de derechos humanos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y además

^{751[1]} Anaya, James “Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional”, Trotta Madrid 2005 Pag. 90

^{752[2]} Convenio 169, preámbulo, párrafo 5.

ostentan rango constitucional,^{753[3]} por tanto el Convenio 169 de la OIT complementa normativa e interpretativamente las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas.

6. A su turno, “el Comité de Derechos Humanos ha enfatizado que la norma de la integridad cultural incluida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos requiere la participación efectiva de los pueblos indígenas con respecto a las decisiones que les pueda afectar colectivamente, incluidas las decisiones que puedan afectar a sus vínculos culturales con la tierra y los recursos naturales.”^{754[4]}
7. Por otro lado, es necesario precisar que no es factible apelar a la ausencia de regulación legal del derecho de consulta por parte del Estado peruano para incumplir sus disposiciones, esta omisión de ninguna manera puede significar el incumplimiento y vigencia de los derechos fundamentales en general, lo contrario significaría entender que del legislador depende la eficacia de los derechos humanos

El derecho de consulta en el Convenio 169

8. El derecho de consulta como expresión del *autogobierno*, y éste a su vez de la autodeterminación de los pueblos indígenas, reconoce su participación efectiva y libre en las esferas de decisión que les afecte, es decir, tiene como objetivo asegurar su participación en todos los niveles en la adopción de decisiones dentro de un diálogo intercultural. Así, el derecho de consulta se fundamenta en el derecho a que los pueblos indígenas establezcan libremente sus prioridades de desarrollo, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas que les afecten.
9. A este respecto, y a fin de garantizar plenamente este derecho fundamental, el Estado asume la responsabilidad de agotar todos los mecanismos posibles de diálogo a fin de lograr el consentimiento de los pueblos indígenas sobre las medidas en general que puedan afectarles, es decir, no basta con la formalidad de realizar el procedimiento de consulta o realizar un procedimiento meramente informativo sino de materialmente sea un auténtico procedimiento de diálogo y que incluso pueda desembocar en un procedimiento de negociación. Por tanto, las medidas de *desarrollo* deben ser en lo posible y, agotando todas las vías instrumentales para llegar al consentimiento, fruto del diálogo intercultural y dentro de los principios que rigen el Estado Democrático y Social de Derecho.
10. Por otro lado, a fin de garantizar este derecho es necesario establecer mecanismos instrumentales o procedimentales de tal manera que conceda a los pueblos indígenas la oportunidad de influir efectivamente en las decisiones que los afecten, de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento, tomando en consideración los propios procedimientos indígenas consuetudinarios para la toma de decisiones, con información previa y necesaria.
11. En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT ha establecido en el artículo 6 que:
 - “1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se provean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - 2.- Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberá efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

^{753[3]} STC 0025-2005-PI/TC

^{754[4]} Anaya James, “Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional. Ed. Trotta. Madrid 2005 pag. 237.

Por su lado, el artículo 15 refiere respecto a la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales y en el punto 2 establece que “En caso de que pertenezcan al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (...)”.

12. Consecuentemente, es una obligación de ineludible cumplimiento para el Estado consultar previa e informadamente, mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas tradicionales, a los Pueblos Indígenas cuando se provean medidas legislativas o administrativas e incluso los programas de prospección o explotación de recursos naturales que les afecte.
13. Sumado a esto es necesario recordar que “un elemento fundamental del derecho internacional de los derechos humanos (y más propiamente de los Pueblos Indígenas) es el deber de los estados de garantizar el goce efectivo de los derechos y de ofrecer formas de reparación cuando éstos han sido violados”^{755[5]}, considerando la situación de vulnerabilidad y exclusión del que han sido parte en nuestro país.
14. Por consiguiente, el Estado al suscribir el Convenio de 169 de la OIT, ha asumido la responsabilidad de reconocer, adecuar y garantizar los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas, es decir, a la vez que adecua su legislación interna, implementa los mecanismos para su protección efectiva. Consiguientemente tiene la obligación de regular legalmente el derecho de consulta *previa consulta a los pueblos indígenas*, es decir con participación efectiva de los representantes y de acuerdo a sus usos y costumbres de esta ley, sin que esto signifique, que mientras no se apruebe esta ley este derecho carezca de eficacia.
15. Es en el marco de estas obligaciones y en aras de asegurar un proceso de diálogo con los Pueblos Indígenas, el Congreso de la República aprobó el Dictamen del Texto Sustitutorio de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, en el que se reconoce a los Pueblos Indígenas u Originarios a ser consultados de forma previa e informada sobre medidas administrativas o legislativas que afecten directamente sus derechos y que la finalidad de la consulta es lograr un acuerdo o consentimiento a través de un diálogo intercultural que haga efectiva su participación y consideración en la toma de decisiones, señalando como principios rectores de la Consulta a los principios de *Oportunidad* (previa), *Interculturalidad*, *Buena Fe*, *Flexibilidad*, *Plazo razonable* (que permite conocer y reflexionar sobre las medidas que los afecte), *Ausencia de coacción o condicionamiento e Información Oportuna*. Estableciendo incluso los criterios de identificación de los Pueblos Indígenas como son la *descendencia directa de las poblaciones originarias, estilos de vida, vínculos espirituales e históricos, instituciones sociales y costumbres propias, y patrones culturales y modos de vida*.
Asimismo, respecto a la *decisión final* sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente, la misma que debe ser motivada, evaluando los puntos de vista, sugerencia y recomendaciones planteados pro los pueblos indígenas^{756[6]}

La jurisdicción constitucional y la función pacificadora

16. Este Tribunal, con relación a la Constitución, ha tenido la ocasión de manifestar que la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano *neutro*, sino, por el contrario, como su principal promotor. Así, siendo la Constitución una norma fundamental

^{755[5]} Ib. pag. 244.

^{756[6]} Texto Sustitutorio de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios.

abierta, encuentra en el Derecho Procesal Constitucional y, específicamente, en el CPConst., un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos informan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPConst) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto^{757[7]}. En tal sentido, los procesos constitucionales gozan de una dimensión objetiva orientada a preservar y defender el orden público constitucional, expresado en que el Estado se disgrega en múltiples centros de poder equilibrados.

17. Asimismo, este Colegiado ha resaltado que sus funciones en un Estado Democrático son tres, a saber: a) la valoración de la norma sometida a control constitucional, b) la labor de pacificación, pues debe solucionar controversias mediante decisiones cuyos efectos deben ser modulados de acuerdo a cada caso presentado, y c) la labor de ordenación, en el sentido de que tiene una eficacia de ordenación general con efecto vinculante sobre los aplicadores del Derecho -en especial sobre los órganos jurisdiccionales-, y sobre los ciudadanos en general.^{758[8]}
18. Por tanto, teniendo en consideración la función pacificadora del Tribunal Constitucional y de la jurisdicción constitucional en general, y considerando que el proyecto de sentencia de la ponencia declara infundada la demanda, no viene al caso y no es necesario para resolver la controversia, que se incluya en el fundamento 24 y 25, que el derecho de consulta no implica un derecho de veto, más aún si el pleno del Congreso de la República al aprobar el Dictamen del Texto Sustitutorio de la Ley del Derecho a la Consulta Previa a los Pueblos Indígenas u Originarios, de la Comisión de Constitución y Reglamento, haya excluido estos términos por considerar que no generaba consenso entre los actores y por tanto no conducía a un diálogo.^{759[9]} De igual manera, en los fundamentos 44 a 53 se hace referencia a aspectos que no trascienden en la resolución de la controversia y que, por el contrario, podría significar un innecesario cuestionamiento de las mismas, toda vez que se hace referencia a la *apertura del mercado para la procura del bien común*, al abandono de la tierras y el uso que debería darles el Estado, la posesión, la indemnización en caso de expropiación, el esquema de apertura para la *inversión*, entre otros. Más aun considerando que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones “insta al Gobierno a que tome todas las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión, inclusive a través del acceso efectivo a procedimientos adecuados para solucionar sus reivindicaciones de tierras”^{760[10]}
19. Asimismo, es necesario precisar que el procedimiento establecido en el reglamento de Participación Ciudadana para la Realización de Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N.º 012-2008-EM es insuficiente al no contener las garantías establecidas en el Convenio 169 de la OIT. Por otro lado, al establecer criterios sobre la procedencia del proceso de amparo para la tutela del derecho de consulta debe considerarse la situación de exclusión y vulnerabilidad de los Pueblos Indígenas, a fin de superar la relación de asimetría con el Estado y otros grupos, por tanto es menester resaltar que la carga de la prueba en los procesos de amparo en muchos casos incluso tendría que invertirse para superar estas asimetrías y hacer efectivo el Convenio 169 de la OIT considerando su aplicación al caso concreto.
20. Por ello, estimo que es necesario, en virtud de la facultad pacificadora, buscar en la medida de lo posible y dentro de nuestras competencias coadyuvar en el diálogo intercultural buscando

^{757[7]} STC 0005-2005-CC/TC FJ 4

^{758[8]} STC N.º 0054-2004-AI / TC FJ 16.

^{759[9]} <http://www.larepublica.pe/archive/all/larepublica/20100520/9/pagina/15>

^{760[10]} Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Observación, CEACR/80º reunión (publicación febrero de 2010)

reunir esfuerzos para lograr la implementación apropiada de este derecho fundamental, a fin de que los derechos y prioridades de desarrollo de los Pueblos Indígenas sean tomadas en consideración dentro de un marco de diálogo propio de un Estado Democrático y Social de Derecho, de cuya efectividad va a depender la reducción de la conflictividad social en el Perú que lamentablemente ha sucedido en estos últimos años.

Análisis del caso concreto

21. En tal sentido, considerando que en el presente caso se impugna El Decreto Legislativo N.º 1089, que declara de interés público nacional la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas, a nivel nacional por un periodo de 4 años, a partir de su vigencia, por vulnerar el derecho de consulta previa reconocido en el Convenio 169, la controversia radica en determinar si este decreto va a afectar el estatus jurídico de la propiedad de los Pueblos Indígenas y de ser así, considerando que no se realizó el procedimiento de consulta previa, declarar la inconstitucional del referido decreto y expulsarlo del ordenamiento jurídico o, de lo contrario, su conformidad constitucional.
22. Al respecto, en la exposición de motivos^{761[11]} del citado decreto, se establece que: “1. declárese de interés público nacional la formalización y titulación de predios rústicos, tierras eriazas habilitadas, **así como de Comunidades Campesinas y Nativas**, a nivel nacional y se establece un régimen temporal y extraordinario de 4 años (...);” pero, por otro lado, en el Decreto Supremo N.º 032-2008-Vivienda, Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1089, se establece en el artículo 3 que: “Los procedimientos establecidos en el presente Reglamento, sobre formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas habilitadas en propiedad del Estado, de declaración de propiedad por prescripción adquisitiva de dominio en predios rústicos, de reversión de predios rústicos adjudicados a título oneroso ocupados por asentamientos humanos, no serán aplicables en:
 - 1) Los territorios de Comunidades Campesinas y Nativas; (...)”
23. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de precisar que en virtud del principio de conservación de la ley, es obligación del Juez constitucional “salvar” hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de la ley impugnada.
24. En tal sentido, considerando que la Constitución en el artículo 89 ha establecido un régimen especial sobre la propiedad de las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas, en vista de la naturaleza y trascendencia que tiene, en un país multicultural y diverso como el nuestro, otorgándole incluso la imprescriptibilidad de éstas, salvo en caso de abandono; consecuentemente para el desarrollo o regulación de los alcances de la propiedad *comunal* es necesario de una Ley especial. Por tanto, el Decreto Legislativo N.º 1089 que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales, si bien tiene alcance nacional, no ha establecido expresamente la afectación a la propiedad *comunal* (indígena y campesina), porque para ello sería necesario de una Ley Orgánica; entonces se entiende que dicho decreto no afecta a los Pueblos Indígenas.
25. Por lo tanto, este Decreto Legislativo sólo puede ser interpretado de forma tal que la formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas a nivel nacional, no afecte o incida directamente en los derechos de los Pueblos Indígenas modificando su situación jurídica, porque de lo contrario su inconstitucionalidad sería a todas luces evidente. Es por este motivo que el Decreto Supremo N.º 032-2008-Vivienda, ha excluido a los Pueblos Indígenas de la regulación extraordinaria de la propiedad de formalización y titulación de predios rústicos y tierras eriazas y si bien en la exposición de motivos hubo intención de *regular* de alguna manera la situación jurídica de la propiedad de los Pueblos Indígenas, ha incurrido en error.

^{761[11]} Este texto no fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, fue enviado por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio N.º 650-2008-DP/SCM. Nota incluida en la Exposición en el SPIJ.

26. Por lo tanto, considero que no se ha vulnerado el derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas, porque el Decreto Legislativo N.º 1089 no afecta a los Pueblos Indígenas, conforme a la interpretación realizada.

Por estas consideraciones mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

S.

LANDA ARROYO

VENEZUELA- Sentencia 1

Sentencia N° 745

Caracas, 15 de julio de 2010.

|SALA CONSTITUCIONAL

MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

El 12 de agosto de 2009 la abogada Marianna Belalba, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el N° 124.496, con el carácter de apoderada judicial de la ASOCIACIÓN CIVIL ESPACIO PÚBLICO, inscrita ante la Oficina Subalterna del Sexto Circuito de Registro del Municipio Libertador del Distrito Capital, el 20 de febrero de 2003, bajo el N° 28, Tomo 02, Protocolo Primero, interpuso, ante la Secretaría de esta Sala Constitucional, acción de amparo constitucional “...*contra la negativa de la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela de otorgar oportuna y adecuada respuesta a la solicitud que realizará (sic) mi representada mediante comunicaciones de fechas 13 de noviembre de 2008 y 10 de febrero de 2009 respecto al salario base y otras erogaciones que devengan el Contralor General de la República y las remuneraciones del resto del personal de la Contraloría General de la República...*”.

El 14 de agosto de 2009 se dio cuenta en Sala del recibo del expediente y se designó como ponente a la Magistrada Doctora Carmen Zuleta de Merchán.

El 26 de noviembre de 2009 los abogados Mónica Gioconda Mistichio Tortorella, Richard José Magallanes Soto y María Alejandra Blanco Rodríguez, actuando en representación de la Contraloría General de la República, solicitaron la declaratoria de inadmisibilidad de la acción de amparo constitucional interpuesta, de conformidad con lo establecido en el cardinal 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

El 11 de marzo de 2010 la abogada Marianna Belalba, en su carácter de representante de la Asociación Civil Espacio Público reiteró la acción de amparo constitucional interpuesta, en vista de la diligencia presentada por la representación de la Contraloría General de la República el 26 de noviembre de 2010.

El 16 de marzo de 2010 la accionante ratificó la solicitud de amparo constitucional.

Realizado el estudio individual del expediente, esta Sala procede a decidir, previas las siguientes consideraciones:

I

FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN DE AMPARO

Señaló la apoderada judicial de la accionante como fundamento de la acción de amparo constitucional, lo siguiente:

Que “...*en fecha 13 de noviembre de 2008, la Asociación Civil Espacio Público de conformidad con el artículo 51 de la Constitución (sic) solicitó a la Contraloría General de la República (...) que le informara sobre cuál es el salario base y otras erogaciones que devenga el Contralor General de la República así como las remuneraciones que devenga el personal que labora en la Contraloría*”.

Que “vencido el plazo de 20 días hábiles que dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (...) para que la Contraloría le diera respuesta a la petición presentada por mi representada sin que se hubiese obtenido respuesta alguna, en fecha 11 de febrero de 2009 mi mandante reiteró la solicitud con idénticas interrogantes”.

Que aun cuando la Contraloría General de la República, mediante oficio N° 01-04-217 del 13 de febrero de 2009, le informó que lo solicitado por su representada “...implica una invasión a la esfera privada de los funcionarios públicos y que con ello se violaría el derecho al honor y privacidad consagrado en el artículo 60 de la Constitución (sic)”, tal afirmación “...carec[ía] de sustento legal toda vez que la información solicitada por mi representada es realmente información pública, ya que ten[ía] repercusiones en la sociedad, por tratarse la información pública de la base de una sociedad democrática, y en el caso planteado, implica una correcta participación ciudadana en la transparencia de la gestión pública, en el control social del ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado”.

Que “...la negativa de la Contraloría violó flagrantemente los derechos a la petición y oportuna respuesta, y al acceso a la información pública (libertad de expresión y de información), de mi representada, consagrados en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hacen procedente la presente acción de amparo constitucional, por no existir otra vía idónea y eficaz que repare la situación jurídica infringida en esos derechos, como serán fundamentado en este escrito”.

Que “...nuestro derecho interno establece diversas normas que consagran y garantizan ese derecho a la información, que deben ser interpretados conforme a la normativa y la jurisprudencia internacional, no sólo por configurar una obligación internacional del Estado venezolano, sino además por ser una obligación constitucional con jerarquía constitucional y prevalecer en el orden interno. En este sentido, el artículo 58 de nuestra Constitución reconoce el derecho de toda persona a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, el cual está vinculado con el derecho a ser informados oportuna y verazmente por la Administración Pública y al acceso a los archivos y registros administrativos”.

Así, y a manera de fundamentar aún más la interposición de la acción de amparo constitucional, la parte accionante indicó que: “...para lograr una gestión pública cónsona con los principios de transparencia y rendición de cuenta, es necesario la publicidad de los recursos que se administran, incluyendo los sueldos de los funcionarios públicos, ya que éstos ejercen funciones públicas, están al servicio de los ciudadanos y sus remuneraciones se pagan con los tributos pagados por los ciudadanos, en consecuencia, el tema de las remuneraciones de los funcionarios públicos escapa de la esfera privada de los mismos y no se viola el derecho a la intimidad con la solicitud de dicha información”, por lo que, “...no es suficiente negar la información solicitada alegando simplemente la privacidad de los funcionarios...”.

Que “...en referencia a la supuesta violación al derecho a la intimidad de los funcionarios mediante la solicitud de la información sobre sus remuneraciones, es necesario distinguir entre la protección de la honra y privacidad de un ciudadano común y un funcionario público, ya que si bien los funcionarios públicos se encuentran también protegidos por el derecho a la intimidad y al honor, existe un umbral distinto de protección”, por lo que “...la negativa de la Contraloría restringió ilegítimamente el derecho de acceso a la información de la Asociación Civil Espacio Público, ya que ni siquiera adoptó una decisión escrita señalando alguna limitación para otorgar una respuesta”.

Que el hecho de que la Contraloría General de la República no le suministrara la información efectuada por su representada el 13 de noviembre de 2008 y el 11 de febrero de 2009 acarrea la violación del derecho a obtener una oportuna y adecuada respuesta, *“...el cual permite a toda persona la posibilidad de dirigir y presentar cualquier clase de escritos, peticiones, solicitudes ante las autoridades, funcionarios públicos o funcionarias públicas sin ningún tipo de restricciones, siempre que sean de su competencia; y más aun (sic), establece sanciones para quienes violen este derecho”*.

Por último, indicó que la supuesta omisión en la que incurrió la Contraloría General de la República le trasgredía a su mandante los derechos constitucionales establecidos en los artículos 27, 57, 58, 141 y 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los artículos 1, 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la que solicitó que la acción de amparo constitucional sea admitida, declarada procedente y que se ordene a la Contraloría General de la República *“...una respuesta inmediata una vez publicada la sentencia, en relación con la petición presentada por la organización Espacio Público, en fecha 13 de noviembre de 2008 (...); reiterada, posteriormente, en fecha 11 de febrero de 2009...”*.

II

FUNDAMENTO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Mediante escrito del 26 de noviembre de 2009 los abogados Mónica Gioconda Mistichio Tortorella, Richard José Magallanes Soto y María Alejandra Blanco Rodríguez, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 47.196, 65.609 y 65.657, en su orden, con el carácter de representantes de la Contraloría General de la República, solicitaron la declaratoria de inadmisibilidad de la presente acción de amparo constitucional, de conformidad con lo establecido en el cardinal 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en los siguientes términos:

“III

FUNDAMENTOS DEL PRESENTE ESCRITO

3.1- Antecedentes del caso

Mediante Comunicación consignada ante la Contraloría General de la República, en fecha 13 de noviembre de 2008, la ASOCIACIÓN CIVIL ESPACIO PÚBLICO, solicitó información en cuanto al salario base y demás erogaciones devengadas por el ciudadano Contralor General de la República, así como las remuneraciones del personal del Organismo Contralor.

Posteriormente, el 11 de febrero de 2009, la citada ASOCIACIÓN CIVIL, ratificó su solicitud, en los mismo términos a la petición inicial, la cual fue respondida por este Organismo Contralor, por Oficio Nro. 01-04-217 de fecha 13 de febrero del mismo año.

3.2.- De la inadmisibilidad de la acción autónoma de amparo constitucional

Antes de pasar a analizar el fondo del presente asunto esta representación considera pertinente señalar que la presunta agravada sólo se limitó a efectuar consideraciones imprecisas sobre la libertad de expresión, el acceso a la información pública y el derecho a una oportuna respuesta. En efecto, del análisis del referido escrito se desprende lo impreciso de sus pretensiones, pues, se circunscribe a enunciar disposiciones

constitucionales y legales, así como de la Convención Americana de Derecho Humanos, sin aportar elementos que guarden la correspondiente coherencia argumentativa y estructural que permitan determinar, con exactitud cuál es el objeto del amparo constitucional solicitado, la simple afirmación de vulneración de derechos constitucionales no constituyen elementos de convicción; capaces de demostrar cuál sería el daño jurídico ocasionado.

Asentado el anterior criterio, esta representación procede seguidamente a analizar el merito del caso de marras, lo cual hace en los siguientes términos:

Conforme lo han asentado los diversos órganos jurisdiccionales, el **amparo constitucional** es concebido como una **figura jurídica** de carácter **extraordinario**, tendente al restablecimiento inmediato de la situación jurídica lesionada o a la cesación de aquellos casos que conlleven a la amenaza de violación de los derechos y garantías fundamentales que le asisten a las personas que se encuentran en el territorio nacional.

Precisamente, este máximo Tribunal, ha sostenido, de forma reiterada, que el amparo constitucional es la garantía o medio a través del cual se protegen los derechos fundamentales que la Constitución reconoce a las personas, destinada al restablecimiento a través de un procedimiento breve de los derechos lesionados o amenazados de violación, siendo un instrumento para garantizar el pacífico disfrute de los derechos y garantías inherentes a las personas, **operando** según su carácter extraordinario **sólo** cuando se dan las **condiciones** necesarias para su **procedencia**, conforme lo dispone la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Bajo este escenario, tenemos que el artículo 6° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, prevé, las causales de inadmisibilidad de dicha acción, y en su numeral 1, dispone:

Artículo 6: 'No se admitirá fa acción de amparo:

(...)

De acuerdo a la norma ut supra transcrita, para que resulte admisible a acción de amparo es necesario que la lesión denunciada sea presente. En efecto, la actualidad de la lesión resulta imprescindible a fin de restablecer la situación jurídica que se alega infringida, lo cual constituye el objeto fundamental de este tipo de tutela constitucional.

En el presente caso, el hecho denunciado como lesivo lo constituye una presunta falta de oportuna y adecuada respuesta a las Comunicaciones consignadas por la accionante en fechas 13 de noviembre de 2008 y ratificada 11 de febrero de 2009, o que configura, a su juicio, una violación del derecho constitucional de petición y oportuna respuesta consagrado en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual prevé:

(...)

De modo pues, que el derecho constitucional de petición y oportuna respuesta supone que, ante la demanda de un particular, la Administración se encuentra obligada a resolver el caso concreto o a indicar las razones por las cuales se abstiene a tal actuación. De allí que el único objetivo racional de la acción de amparo constitucional contra la violación del

aludido derecho es de **obligar** al presunto agraviante a **dar curso a la solicitud planteada** y a **emitir un pronunciamiento, sin que ello implique necesariamente una respuesta favorable.**

En razón de lo anterior, se desprende que la violación al derecho de petición oportuna y adecuada respuesta, se configura cuando se niega al individuo la posibilidad material de hacer legar sus peticiones a la autoridad, bien porque se resista a admitir las peticiones, bien porque las rechace **in limine**, sin examen alguno, o bien porque las deje indefinidamente sin respuesta.

En este contexto, esta representación estima oportuno destacar que mediante **Oficio Nro. 01-04-217 de fecha 13 de febrero de 2009, la Dirección de Recursos Humanos de la Contraloría General de la República dio respuesta a la solicitud formulada por la accionante en fecha 13 de noviembre de 2008 y ratificada el 11 de febrero de 2009** (Anexo marcado con la letra "8").

Siendo ello así, considera esta representación que en el caso de marras **sobrevino la inadmisibilidad de la acción de amparo constitucional propuesto, conforme a lo contenido en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales**, y así solicitamos, muy respetuosamente, a los honorables Magistrados de esta Sala lo declaren.

Por otra parte, la accionante en amparo, **apoyándose** excesivamente en artículos de a Convención Americana de Derechos Humanos y de jurisprudencia emanada de esa instancia internacional, que no vienen al caso; **haciendo** interpretaciones erradas e invocaciones improcedentes de los artículos 57, 58, 141, 143 de la Constitución de la Bolivariana de Venezuela; y **utilizando** términos ambiguos y confusos, denuncia, que la respuesta suministrada por la Contraloría General de la República, contenida en el Oficio Nro. 01-04-217 del 13 de febrero de 2009, lesiona los derechos constitucionales de libertad de expresión y de la información previstos en los artículos 57 y 58 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, al respecto, esta representación estima significativo destacar **prima facie** que semejante denuncia lo que evidencia es la inconformidad de a accionante con la respuesta, que dentro del ámbito de su competencia, le suministró el Organismo Contralor, lo que no da lugar a la vía de la acción autónoma de amparo constitucional que nos ocupa.

De igual forma, es de suma importancia poner de manifiesto que si bien la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 57 y 58, protege los derechos de libertad de expresión y a la información veraz y oportuna, también protege, en su artículo 60, el derecho al honor, vida privada, intimidad y confidencialidad de los individuos.

En este sentido, importa referir que la democracia no sólo es un sistema político, sino **una forma de convivencia**, y ante las solicitudes de información formuladas ante la Administración Pública, las autoridades administrativas, en resguardo de la integridad de su personal, están obligadas a valorar **si lo solicitado afecta la convivencia o el prestigio de las instituciones, autoridades y funcionarios.**

De modo pues, que resulta evidente que el Organismo Contralor, no puede suministrar, sin que medie una orden judicial, o al menos, el consentimiento expreso del funcionario, información inherente a su persona ni de su entorno familiar, pues, de hacerlo incurriría en abuso de poder y vulneraría su derecho constitucional al honor, vida privada, intimidad y confidencialidad, por cuanto la información solicitada, puede ser perfectamente utilizada, para denigrar públicamente a la Institución o a sus funcionarios en aras de lograr su debilitamiento, o incluso, para atentar personalmente contra los funcionarios o su grupo familiar.

Bajo este escenario, resulta evidente el craso error de derecho en que incurre la quejosa, cuando asevera que en atención al artículo 143 Constitucional, la Contraloría General de la República, estaba obligada a brindarle la información por ella requerida, pues, el aludido precepto constitucional, se contrae exclusivamente a las causas o asuntos que se ventilan ante la Administración Pública y en los que los ciudadanos o ciudadanas estén directamente interesados, o a la información personal y secreta, como la atinente a los sueldos y salarios, de los funcionarios que laboran en la Administración Pública, la cual es confidencial, y así solicitamos sea declarado.

IV

PETITORIO

Sobre la base de las consideraciones jurídicas expuestas, solicitamos respetuosamente a esta digna Sala declare **INADMISIBLE** la acción autónoma de amparo constitucional incoada por la abogada **MARIANNA BELALBA**, actuando en su carácter de representante legal de la **ASOCIACIÓN CIVIL ESPACIO PÚBLICO**, conforme lo previsto en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales”.

III

DE LA COMPETENCIA

En primer lugar debe esta Sala determinar su competencia para conocer de la presente acción de amparo, y a tal efecto observa, que el artículo 5 numeral 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, establece con carácter exclusivo y excluyente la competencia de esta Sala para el conocimiento de las acciones de amparo constitucional interpuestas contra los altos funcionarios del Estado, al efecto dispone: *“Conocer en primera y última instancia las acciones de amparo constitucional interpuestas contra los altos funcionarios públicos”*.

En este orden de ideas, deben entenderse por altos funcionarios públicos los establecidos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y los establecidos en el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, los cuales disponen:

“Artículo 8. La Corte Suprema de Justicia conocerá en única instancia, en la Sala de competencia afín con el derecho o garantía constitucionales violados o amenazados de violación, de la acción de amparo contra el hecho, acto u omisión emanados del Presidente de la República, de los Ministros, del Consejo Supremo Electoral y demás organismos electorales del país, del Fiscal General de la República, del Procurador General de la República o del Contralor General de la República”.

“Artículo 45. Son órganos superiores de dirección de la Administración Pública Central, el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta

Ejecutiva, el Consejo de Ministros, los ministros o ministras y los viceministros o viceministras.

Son órganos superiores de consulta de la Administración Pública Central, la Procuraduría General de la República, el Consejo de Estado, el Consejo de Defensa de la Nación, los gabinetes sectoriales y los gabinetes”.

Así pues, esta Sala ha establecido reiteradamente, conforme a las normas citadas, su control con carácter excluyente y exclusivo de los actos, hechos u omisiones imputados a los altos funcionarios públicos nacionales; no obstante, siempre con la precisión de que la enumeración expuesta en el artículo 45 *eiusdem* es enunciativa y no taxativa (*Vid.* Entre otras, sentencias de esta Sala del 30 de junio de 2000, caso: “*Defensoría del Pueblo*”; 20 de enero de 2000, caso: “*Emery Mata Millán*”; y 15 de febrero de 2001, caso: “*María Zamora Ron*”).

Visto que la acción de amparo constitucional interpuesta fue ejercida contra la supuesta omisión de pronunciamiento de la Contraloría General de la República esta Sala Constitucional establece que dicha investidura se encuentra comprendida dentro de las altas autoridades a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por lo que resulta competente para conocer de la presente acción de amparo constitucional. Así se declara.

IV

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

Determinada como fue la competencia, esta Sala observa que la acción de amparo constitucional fue interpuesta contra la presunta negativa de otorgar “oportuna y adecuada respuesta” a la solicitud formulada por la Asociación Civil Espacio Público el 13 de noviembre de 2008 y ratificada el 10 de febrero de 2009, respecto del salario base y otras “erogaciones” que devenga el Contralor General de la República así como las remuneraciones del resto del personal de la Contraloría General de la República.

En ese sentido, alega la parte accionante que le solicitó en varias oportunidades a la Contraloría General de la República que le informara el monto del salario devengado por los funcionarios de ese organismos, petición que, luego de ser ratificada por los solicitantes, resultó negada por la Dirección de Recursos Humanos de la Contraloría General de la República aduciendo que no se podía facilitar la información requerida en virtud de que ella formaba parte del derecho a la intimidad de los funcionarios y excedía el ámbito objetivo de potestades y funciones otorgadas por el sistema jurídico venezolano. Esta respuesta, en criterio de los accionantes en amparo, no cumple con el parámetro constitucional de “*adecuación*” de lo cual deducen los accionantes la lesión constitucional alegada como infringida. En cambio, para los representantes del órgano accionado la respuesta satisfizo el derecho a la oportuna y adecuada respuesta, y por tanto no existe lesión constitucional.

En tal sentido, esta Sala Constitucional observa que la acción de amparo constitucional interpuesta no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inadmisibilidad establecidas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Asimismo, se constata que el escrito de amparo cumple con los extremos exigidos por el artículo 18 *eiusdem*, por lo que la acción resulta admisible. Así se decide.

Sin embargo, antes de analizar el fondo de la controversia, cabe una precisión preliminar. Luego de la interposición de la acción de amparo el 12 de agosto de 2009, la siguiente actuación procesal de la parte actora fue el 11 de marzo de 2010; esto es, más de seis (6) meses después de haber presentado el escrito, lo que implicaría la extinción del proceso por abandono del trámite en atención al precedente contenido en la sentencia N° 982 del 6 de junio de 2001 (caso: *José*

Vicente Arenas Cáceres); no obstante ello, en el presente caso subyace un interés constitucional, más allá del interés particular del accionante, que obliga a la Sala a emitir el pronunciamiento correspondiente conforme a lo solicitado.

Entiende la Sala que los accionantes plantean en amparo la infracción de: "...los derechos a la petición y oportuna respuesta, y al acceso a la información pública (libertad de expresión y de información...), consagrados en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos...", justificando además como vía idónea el amparo ante la inexistencia de otra vía ordinaria que permitiera la reparación de los derechos invocados como infringidos. Además, indica la accionante que para lograr una gestión pública cónsona con los principios de transparencia y rendición de cuentas, es necesaria la publicidad de los recursos que se administra incluyendo los sueldos de los funcionarios públicos, ya que estos ejercen funciones públicas, están al servicio de los ciudadanos y sus remuneraciones se pagan con los tributos pagados por estos; en consecuencia, -concluye la accionante- el tema de las remuneraciones de los funcionarios públicos escapa de la esfera privada de los mismos, y no se viola el derecho a la intimidad con la solicitud de dicha información, por lo que no es suficiente negar la información solicita alegando simplemente la privacidad de los funcionarios-.

Por consiguiente, en la presente acción de amparo constitucional se encuentra en discusión el derecho a la oportuna y adecuada respuesta y en confrontación dos derechos constitucionales; a saber, el derecho a la información y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos, cuyo análisis hará de seguidas la Sala a la luz de nuestro ordenamiento constitucional y legal.

Del derecho constitucional a la oportuna y adecuada respuesta.-

El derecho a la oportuna y adecuada respuesta está previsto en el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual establece la obligación de todos los órganos y entes públicos de pronunciarse respecto de las solicitudes que les sean formuladas por los particulares. Así, dicho contenido normativo es del tenor siguiente:

Artículo 51. Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta.

Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

En ese sentido, el derecho de petición y oportuna respuesta respecto de los funcionarios y entes de la Administración Pública supone que, ante la petición de un particular, la Administración se encuentra en la obligación, si bien no de satisfacer la pretensión del administrado, sí de dar respuesta específica a la solicitud; o en todo caso, indicar las razones por las cuales no resuelve respecto de lo que se le hubiere solicitado (vid. sent. 2031/2003 caso: *Miguel Antonio Alborno Rodríguez y Rosalba Marcano De Alborno*), sin que sea obligatorio dar una respuesta favorable a la petición del administrado.

Igualmente, esta Sala, en sentencia del 4 de abril de 2001 (Caso: *Sociedad Mercantil Estación de Servicios Los Pinos, S.R.L.*), señaló en cuanto al goce y garantía del referido contenido normativo, lo siguiente:

"Tal como lo exige el artículo 51 de la Constitución, toda persona tiene derecho a obtener una respuesta 'oportuna' y 'adecuada'. Ahora bien, en cuanto a que la respuesta sea 'oportuna', esto se refiere a una condición de tiempo, es decir que la respuesta se produzca en el momento apropiado, evitando así que se haga inútil el fin de dicha respuesta.

En cuanto a que la respuesta deba ser 'adecuada', esto se refiere a la correlación o adecuación de esa respuesta con la solicitud planteada. Que la respuesta sea adecuada en modo alguno se refiere a que ésta deba ser afirmativa o exenta de errores; lo que quiere decir la norma es que la respuesta debe tener relación directa con la solicitud planteada. En este sentido, lo que intenta proteger la Constitución a través del artículo 51, es que la autoridad o funcionario responsable responda oportunamente y que dicha respuesta se refiera específicamente al planteamiento realizado por el solicitante (...).

Se infiere del criterio citado *supra* que no sólo basta que la Administración dé una respuesta sino que la misma sea, en primer lugar, oportuna en el tiempo, es decir que no resulte ineficaz debido al largo transcurso desde la petición formulada hasta la respuesta obtenida; y en segundo lugar, debe ser adecuadamente motivada de acuerdo a las diversas pretensiones solicitadas por el administrado; esto es, debe contener una congruente decisión de acuerdo a las circunstancias planteadas en el caso concreto.

En el caso de autos se observa que, mediante comunicación dirigida al Contralor General de la República el 10 de febrero de 2009, la abogada Marianna Belalba, actuando en representación de la Asociación Civil Espacio Público, solicitó, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se le informara sobre lo siguiente:

“1.- ¿Cuál es el salario base y otras erogaciones que devenga usted como Contralor General de la República?

2.- Copia de la tabla de remuneraciones aplicadas al personal que labora en la institución”.

Asimismo, tal como lo refieren los representantes de la Contraloría General de la República, de las actas que conforman el expediente se observa que mediante oficio N° 01-04-217 del 13 de febrero de 2009 la Contraloría General de la República, a través de la Dirección de Recursos Humanos, se pronunció acerca de lo solicitado por la Asociación Civil Espacio Público, en los siguientes términos:

Ciudadana

MARIANNA BELALBA

C.I. N° 17.065.632

Asoc. Civil Espacio Público

Presente.

Me dirijo a usted en atención a su comunicación de fecha 10 de febrero de 2009, dirigida al ciudadano Contralor General de la República, mediante la cual solicita información, fundamentada en el ejercicio del derecho constitucional de petición establecido en los artículos 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 9 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Al respecto, estimo imperativo indicarle que las interrogantes de su comunicación, implica una invasión de la esfera privada de los funcionarios públicos, que se encuentran protegidos, como todo ciudadano, por el derecho al honor y privacidad, consagrado en el artículo 60 de nuestra Carta Magna, por lo que no están cubiertas por el derecho constitucional de petición y oportuna respuesta. En consecuencia, las mismas, exceden el ámbito objetivo de potestades y facultades otorgadas por el sistema jurídico

venezolano, en el ejercicio del cargo que la máxima autoridad de este Organismo ostenta.

Por tanto, es criterio de la Sala que la petición de la accionante no sólo fue proveída por la Contraloría General de la República, sino que además fue suficientemente motivada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aun cuando no fuera a satisfacción cabal de la solicitante. Así se declara.

De los límites al ejercicio del derecho fundamental a la información contenido en el artículo 143 de la constitucional.

El verdadero punto álgido del conflicto sometido a la consideración de la Sala radica en establecer los límites que conciernen al ejercicio de tales derechos; asunto éste que adquiere una mayor importancia en la medida del reconocimiento constitucional que se le ha dado en la Carta Magna al novísimo derecho de la ciudadanía a solicitar información y a ser informada oportuna y verazmente sobre asuntos de interés público (artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela); y reconocido constitucionalmente tal derecho y en ausencia de ley expresa, cuáles son los límites aceptables del ejercicio del derecho a la información dentro de una sociedad democrática en materias relativas a la seguridad interior y exterior, a la investigación criminal y a la intimidad de la vida privada; o en materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. Vale decir, cuál es la información que puede ser solicitada por los ciudadanos y ciudadanas, y cuál es aquella que debe ser suministrada cuando se trata de un funcionario público.

Sin duda alguna el derecho a la información está legitimado en función del principio de transparencia en la gestión pública, que es uno de los valores expresamente establecidos en el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sin embargo, el artículo 143 *eiusdem* expresamente regula tal derecho, en los términos siguientes:

Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. **Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad de la vida privada**, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad (resaltado añadido).

De dicha lectura se infiere que aun cuando el texto constitucional reconoce el derecho ciudadano a ser informado, determina límites externos al ejercicio de tal derecho, en el entendido de que no existen derechos absolutos, salvo en nuestro derecho constitucional el derecho a la vida. Así, la invocación del derecho constitucional a la información no actúa como causa excluyente de la antijuricidad.

De modo que, esta Sala determina con carácter vinculante, a partir de la publicación de esta decisión, que en ausencia de ley expresa, y para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: i) que el o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la información; y ii) que la magnitud de la información que se solicita sea proporcional con la utilización y uso que se pretenda dar a la información solicitada.

De la ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad de los funcionarios públicos.-

Establecido lo anterior, en el caso *sub iudice* se discute si la remuneración del Contralor General de la República así como de los demás funcionarios de ese órgano contralor es una información de irrestricto acceso público; o si, por el contrario, forma parte del derecho a la intimidad de los funcionarios, y como tal, no existe la obligación de suministrarla. La vigencia simultánea de tales derechos obliga a esta Sala a realizar un juicio de ponderación y analizar el alcance del derecho a la intimidad de los funcionarios públicos como un derecho fundamental que pudiera calificarse de *inespecífico* porque se refiere al ejercicio de los derechos fundamentales con ocasión del desempeño de la función pública.

En tal sentido, el artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela indica:

Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación.

La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

De ese modo, la *protección de la vida privada* es un derecho fundamental reconocido por nuestro ordenamiento constitucional, en principio, sin ningún tipo de distingo, enmarcado en los denominados derechos de la personalidad. El problema ha radicado en determinar de qué manera puede lesionarse dicho derecho a la intimidad o a la vida privada; o dicho de otra manera, cómo valorar el ejercicio de otro derecho, como lo es el de la información, que puede invadir a aquél.

Es así como, entre los intentos para definir la delimitación del derecho a la intimidad la doctrina constitucional destaca la teoría de las esferas, de factura alemana, según la cual, *grosso modo*, se distinguen varios ámbitos de acción del individuo: el centro más cercano al individuo corresponde al **secreto**; la periferia atañe a la **individualidad de la persona**; y, entre ambas, una intermedia referida la **intimidad**, en la que se sitúa todos aquellos aspectos que se desean mantener al margen de la injerencia de terceros.

Vale acotar que esta teoría no ha dejado de tener sus detractores, sobre todo en la determinación de **lo íntimo** como criterio referente y, por tanto, validante de la intromisión; sin embargo, sigue siendo esta la tesis más difundida para explicar cómo se articula el derecho a la intimidad con el derecho a la información en cuanto concierne al funcionario público, como es el supuesto que ocupa en esta oportunidad a esta Sala Constitucional. Así, precisamente, en atención a la definición de **lo íntimo**, se han propuesto tres tesis: la espacial, la objetiva y la subjetiva.

Desde la concepción espacial, la intimidad está asociada con el control que se tiene sobre determinadas áreas u objetos, así, por ejemplo, lo que acontece en el interior del hogar queda al amparo de cualquier intromisión, y por extensión también la correspondencia o las comunicaciones telefónicas, de suerte que su restricción queda sometida a regímenes autorizatorios legislativos. La concepción objetiva, atiende al distingo de conductas públicas y privadas; de modo que, serán conductas privadas aquellas realizadas con la intención de satisfacer necesidades personales, mientras que las públicas son todas aquellas que tienen por objeto satisfacer necesidades ajenas y, por tanto, están privadas de la cobertura protectora de la intimidad. Finalmente, la concepción subjetiva hace distinción del sujeto, es decir, si el personaje que lo detenta es público (en nuestro contexto democrático sería usualmente el funcionario) o privado (particular). Según esta tesis los funcionarios públicos quedarían excluidos de la protección constitucional a la intimidad, dado el carácter público de sus funciones.

No obstante ello, la doctrina constitucional contemporánea reconoce sin restricciones la vigencia de los derechos fundamentales y distingue los diversos ámbitos en los cuales el ciudadano y ciudadana puede hacer uso de ellos, reconociéndose **derechos fundamentales inespecíficos**, según se trate del ejercicio de los mismos en los ámbitos del trabajador asalariado o del funcionariado público. Es decir, la condición de funcionario público y aun la de trabajador asalariado no invalida en el ámbito de trabajo el ejercicio de **derechos fundamentales**

específicos como son: el derecho a la vida privada, a la intimidad, a la libertad de expresión, a la libertad de religión, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros; sólo que en estos casos debe pasarse por el *test* de constitucionalidad, ponderándose con criterios de proporcionalidad, adecuación, pertinencia y necesidad.

El hecho es que reconocido para los funcionarios públicos la intimidad como **derecho fundamental inespecífico**, cabría analizar el contenido de la intimidad, esto es, precisar cuál es la información que pertenece al ámbito de la vida privada; o, en términos más concretos, si la remuneración, al igual que el derecho a la imagen, libertad de expresión o el derecho a la libre orientación política, forma parte de la esfera íntima del funcionario, reconociéndose un **derecho a la intimidad económica**.

En ese sentido, desde una perspectiva inicial no cabe lugar a dudas que respecto de un particular los datos referentes a sus ingresos y remuneraciones forman parte de su intimidad; en la jurisprudencia constitucional europea se insiste en que lo decisivo para determinar la licitud o ilicitud de una solicitud de exteriorización de datos económicos es "*la actitud de estos para, en un análisis detallado y de conjunto, acceder a informaciones ya no atinentes a la esfera económica de la persona sino relativa directamente a su vida íntima y familiar*". La información económica ha de examinarse en lo que de instrumentalidad tiene para la reconstrucción de la vida íntima de las personas o de su familia (vid. Salvador del Rey Guanter, 1999). Sin embargo, en Venezuela, al igual que en Brasil, no existe una ley general que obligue a que se hagan públicos los salarios de los funcionarios del gobierno, en cambio en otros países, como los Estados Unidos de Norteamérica o Canadá, la gran mayoría de los salarios de los altos funcionarios del gobierno federal se aprueban y se fijan por Ley, lo que implica su publicidad obligatoria. En cambio, en nuestro ordenamiento jurídico, la información sobre las remuneraciones de los funcionarios públicos está señalada bien de manera global en las partidas presupuestarias que se incluyen anualmente en la Ley de Presupuesto, donde se indican los montos asignados a cada ente u órgano de la administración pública para las remuneraciones de personal; o bien en los Manuales de Cargos y Salarios, en los que no se distingue a qué funcionario en concreto le pertenece la remuneración, pues ello es información que pertenece al ámbito íntimo de cada individuo.

Por otra parte, el carácter reservado de la declaración de impuesto sobre la renta, o de la declaración de bienes que los funcionarios públicos realizan ante la Contraloría General de la República demuestra que tal información no es un dato de difusión pública, pues se trata de información que se contrae a la esfera privada o intimidad económica de los funcionarios. Aun en la doctrina norteamericana actual, se ha pretendido superar la concepción pasiva de *la privacidad*, concebida como ausencia de información sobre nosotros en la mente de otros; sustituyéndola por una concepción activa de la privacidad que reconoce el control y disposición sobre cuándo, quién y para qué se puede acceder a la información que nos concierne, el denominado derecho a controlar la información acerca de sí mismo (*the right to control information about oneself*), lo cual implica que la información privada o íntima está sometida al control de sí mismo, y es al funcionario quien le corresponde discrecionalmente decidir si otorga o no la información de sí mismo.

Dicho esto, en el caso de autos se observa que para los accionantes la información solicitada es "*...realmente información pública, ya que ten[ía] repercusiones en la sociedad, por tratarse la información pública de la base de una sociedad democrática, y en el caso planteado, implica una correcta participación ciudadana en la transparencia de la gestión pública, en el control social del ejercicio del poder por parte de los órganos del Estado*". Del análisis de este alegato, que es, en definitiva, el argumento central del amparo, se concluye que los accionantes dan por descontado que por tratarse del salario de un funcionario público de ello se deriva el interés público, y por tanto, es por sí sólo un título validante en la invasión del derecho constitucional a la intimidad del funcionario.

Al respecto, cabe señalar que aun cuando efectivamente se invocó un interés que se interrelaciona con la necesidad de proteger otro bien jurídico constitucional, este es, la participación ciudadana en la gestión pública; sometida la pretensión de amparo al *test* de constitucionalidad, constata la Sala que la parte accionante no acredita cómo la información solicitada sería de utilidad para la participación ciudadana en pro de la transparencia de la gestión pública. En otras palabras, no parece proporcional la magnitud de la información solicitada en pro de la transparencia de la gestión fiscal, ni siquiera las acciones concretas para las cuales se utilizaría la información solicitada. Razón por la cual, en criterio de la Sala, no existe un título legítimo para tolerar la invasión en el derecho constitucional a la intimidad del Contralor General de la República y el resto de los funcionarios adscrito al órgano contralor

Siendo así, la Sala Constitucional constata que no existe lesión a derecho constitucional alguno de la Asociación Civil Espacio Público, razón por la cual la acción de amparo interpuesta en contra de la Contraloría General de la República Bolivariana de Venezuela se declara improcedente *in limine litis*. Así se decide.

V

DECISIÓN

Con fundamento en los señalamientos que anteceden, esta Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República por autoridad de la Ley, declara:

PRIMERO: IMPROCEDENTE *in limine litis* la acción de amparo constitucional interpuesta por la representante de la ASOCIACIÓN CIVIL ESPACIO PÚBLICO, contra la supuesta “...*negativa de la Contraloría general de la República Bolivarianas de Venezuela de otorgar oportuna y adecuada respuesta a las (...) comunicaciones de fechas 13 de noviembre de 2008 y 10 de febrero de 2009*”.

SEGUNDO: ESTABLECE COMO CRITERIO VINCULANTE que en ausencia de ley expresa, y para salvaguardar los límites del ejercicio del derecho fundamental a la información, se hace necesario: i) que el o la solicitante de la información manifieste expresamente las razones o los propósitos por los cuales requiere la información; y ii) que la magnitud de la información que se solicita sea proporcional con la utilización y uso que se pretenda dar a la información solicitada.

Publíquese y regístrese. Archívese el expediente. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 15 días del mes de julio de dos mil diez (2010). Años: 200º de la Independencia y 151º de la Federación.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

Vicepresidente,

FRANCISCO A. CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

Ponente

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp.- 09-1003

CZdM/

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disentimiento del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

Aunque se comparte la trascendencia del asunto de autos más allá de la esfera jurídica de la demandante como fundamento para que no se declare la terminación del proceso por abandono del trámite, así como la declaración de ausencia de violación al derecho a oportuna respuesta, se discrepa de la conclusión mayoritaria acerca de que el salario de los funcionarios públicos sea un dato que pertenezca a su intimidad y que, por tanto, esté protegido por el derecho constitucional a su disfrute. Por el contrario, no cabe duda al disidente acerca de la naturaleza pública y no íntima del salario de los funcionarios públicos y de su pertenencia al ámbito del derecho a la información de los ciudadanos, en relación con el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública (artículo 141 CRBV).

En primer lugar, cabe poner de relieve que no se solicitó que se revelase la identidad de los funcionarios, sólo la escala de sueldos, con lo cual, salvo por el Contralor General, difícilmente puede sostenerse que se invadiría su intimidad.

Por otra parte, existe una tendencia mundial a la inclusión de los datos que pretendía obtener la demandante dentro de la información pública como indicador de transparencia y como medio para el cabal ejercicio de la contraloría social a que tenemos derecho los venezolanos en el sistema democrático a que se refiere la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que, entre otras características, es definido como protagónico y de corresponsabilidad. Al respecto, puede leerse en la Exposición de Motivos del Texto Magno:

La corresponsabilidad entre sociedad y estado, en el sentido de progresividad de los derechos, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos constituyen una herramienta doctrinaria que define una nueva relación de derechos y obligaciones entre sujetos que participan solidariamente en la construcción de una sociedad democrática, participativa, autogestionaria y protagónica (...)/ La participación directa de la gente en la toma de decisiones para la solución de sus problemas y los de su comunidad, crea una nueva relación ciudadana que en el ámbito de los derechos sociales, desarrolla la tríada solidaria entre sociedad, familia y Estado, lo que coloca al legislador y a los órganos que integran el sistema de justicia, en un nuevo espacio de interpretación de la democracia social y del Estado de Derecho y de Justicia.

Concretamente, el derecho a la participación social en los asuntos públicos está preceptuado en el artículo 62 constitucional, que reza:

Artículo 62. Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

Esta norma de principio debe iluminar todo análisis de cualquier norma de rango infraconstitucional –e incluso constitucional- en relación con la participación social en la gestión pública, que impone la mayor amplitud en la interpretación, en ejercicio del deber de “*facilitar la generación de las condiciones más favorables*” para su desarrollo y, en forma inversamente proporcional, la mayor restricción en la fijación de los límites a la participación.

La “*participación directa de la gente en la toma de decisiones para la solución de sus problemas y los de su comunidad*” forma parte de la llamada contraloría social. En este sentido, los artículos 141 y 142 de la Ley Orgánica de Administración Pública recogen el deber de la Administración de que establezca sistemas de información amplia, oportuna y veraz a la población sobre su organigrama, procedimientos, servicios y actividades para que ésta pueda ejercer el control social, y reconocen el derecho correlativo de las personas a que soliciten la información que necesiten para el cabal ejercicio de esa contraloría. El derecho a la información, además, es una de las garantías sociales o extrainstitucionales de los derechos sociales que ampara nuestra Constitución. (Vid. PISARELLO, GERARDO. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Editorial Trotta, Madrid, 2007; COURTIS, CHRISTIAN, “*Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social*”, en Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 185 a 209).

Una concreción legislativa de los principios constitucionales a que se ha hecho referencia es la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado Bolivariano de Miranda (Gaceta estatal n.º 0244 de 09.10.2009), que en su artículo 25 clasifica como información pública y, por tanto, de acceso público, entre otros datos, el salario de sus funcionarios:

Artículo 25.- Información Mínima a Ser Difundida por Portales y Páginas Web de los Órganos y Entes del Estado.- Para que cualquier persona pueda acceder libremente a información que por su naturaleza contribuya a la transparencia, la rendición de cuentas sobre la utilización de los recursos públicos y la gestión del Estado, cada órgano y ente sujeto a esta Ley publicará y actualizará mensualmente, a través de un portal de información o página Web, así como de los medios necesarios a disposición del público, la siguiente información, que para efectos de esta Ley se considera de naturaleza obligatoria:

a) Su estructura orgánica, así como las actividades y funciones que ejerce; / (...)

e) Una lista de los nombres, cargos, escalafón salarial y montos de los salarios, remuneraciones u honorarios, con un desglose de su composición, de los representantes legales o titulares y de todos los funcionarios del órgano o ente, incluyendo aquellos contratados bajo las normas del Código Civil; / (...)
(Subrayado añadido).

La tendencia en otros ordenamientos jurídicos, como se dijo, es semejante a la de la pionera ley estatal mirandina.

Por ejemplo, en sentencia n.º 12852 (Expediente: 08-010536-0007-CO) de 22/08/2008 de la Sala Constitucional de Costa Rica, se afirmó:

SOBRE EL FONDO. Esta Sala con anterioridad se ha referido al acceso a la información pública, así en la resolución número 2007-006100 de las diecisiete horas y cuatro minutos del ocho de mayo del dos mil siete, dispuso: / (...)

Sin embargo, a pesar de lo dicho, aunque el acceso al expediente personal de los funcionarios públicos está vedado, salvo autorización expresa del mismo funcionario u orden judicial, parte de la información que allí se consigna sí puede ser solicitada por cualquier sujeto interesado. Es decir, aún sin tener acceso propiamente al expediente personal de un funcionario público, cualquier interesado puede solicitar se le indique el tipo de puesto que ocupa, las funciones asignadas a dicho puesto, los requisitos para el puesto y si el funcionario los cumple, entre otros, todos ellos aspectos que en nada comprometen el derecho a la intimidad del funcionario público pues son aspectos de interés público.” (el subrayado no es del original).

En el presente caso, como se acredita de los autos nos encontramos frente a una petición de información contenida en los registros de una entidad pública (la Universidad Nacional), y al recurrente se le denegó parcialmente la información solicitada, por considerarse información personal de los funcionarios. Se observa en el expediente, que la información solicitada es relativa al nombre de los profesores y al salario que perciben por prestar servicios para la UNA por medio de la FUNDAUNA. Con respecto a lo anterior, considera este Tribunal que sin duda la información requerida es de naturaleza pública, y de interés general, pues está de por medio el adecuado control y manejo de fondos públicos, así como la pertinencia de los servicios públicos que a través de ésta se prestan. En razón de lo indicado en la resolución parcialmente transcrita, el brindar el nombre, el cargo y las funciones de profesores de esa universidad - educación de naturaleza pública- así como el salario que se devenga en dichas funciones, vinculadas con fondos públicos, no se puede considerar información personal de los funcionarios. Además en atención del deber de transparencia que debe caracterizar la función pública, según dispone el artículo 11 constitucional, no puede la Administración negar el acceso a la información que revista interés público, a menos que estemos ante secretos de Estado, datos confidenciales o datos cuya divulgación puede afectar gravemente el interés general, situación que en el presente caso no se demuestra. En consecuencia, procede acoger el recurso (Subrayado y destacado añadidos).

[http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_detalle_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nTesoro=5&nValor1=1&strTipM=E1&tem6=0&nValor2=421476&pgn=TES&nTermino=14486&tem4=""&tem2=&tem3=&nValor3=126882&strDirTe=DD](http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia/jur_detalle_sentencia.asp?nBaseDatos=1&nTesoro=5&nValor1=1&strTipM=E1&tem6=0&nValor2=421476&pgn=TES&nTermino=14486&tem4=)

Costa Rica: En el mismo sentido se pronunció la Procuraduría General de la República de

... la Administración de JAPDEVA [Junta de Administración Portuaria y de Desarrollo Económico de la Vertiente Atlántica] considera que no está obligada a dar información sobre sus funcionarios y, en concreto, sobre los salarios que paga. Criterio en que difiere de su Asesoría Jurídica.

Para que JAPDEVA pudiese negarse a dar la información correspondiente, tendría que tratarse de información cubierta por el derecho a la intimidad, a la inviolabilidad de los documentos privados o la autodeterminación informativa. Supuestos bajo los cuales la información tendría que ser considerada como de interés privado. En ese sentido, los Derechos Fundamentales del funcionario constituirían un límite para el ejercicio del derecho a la información.

Pero es lo cierto que tal invocación no es procedente en tratándose de información que concierne directamente al funcionario en su calidad de tal. En efecto, el funcionario podrá ampararse en sus Derechos Fundamentales cuando la información que conste en JAPDEVA se refiera a su vida privada, pero no respecto de la relacionada con el ejercicio y desempeño de la función pública y por ende, del respeto a los deberes de dicha función. Se encuentra dentro de esta última categoría la información referida a los salarios, puesto que estos son cubiertos por

fondos públicos. El carácter de interés público de la información salarial fue retenido tempranamente por la Sala Constitucional.

En efecto, al conocer de un Recurso de Amparo interpuesto contra la negativa del Banco Central de suministrar información respecto del salario de uno de sus jerarcas, el Tribunal Constitucional manifestó:

"...Así el derecho a la información sobre determinada actividad, ventaja o derecho que un particular ostente estaría vedado por lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política, cosa que no sucede en cuanto al funcionario público, por el evidente interés que para la comunidad representa el poder estar debidamente informada de su actividad, del buen o mal desempeño en el ejercicio de su cargo, de las ventajas o no que el nombramiento conlleva y de los derechos que como tal obtiene, fundamentalmente en cuanto éstos sean de índole económica -salarios, en dinero o en especie, pluses, dietas, etcétera- pues en tratándose de fondos públicos son los administrados en general -o como usuarios del servicio- los que los pagan con sus contribuciones y tienen el derecho de saber cómo se administran y se gastan éstos. Toda la actividad del funcionario público es evidentemente de interés público -no sólo en buena lógica- sino por propia definición del artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, ya que el desempeño de sus funciones debe estar encaminado primordialmente a la satisfacción de aquél y en cuanto se separe de aquella finalidad -que le envuelve como tal- estaría faltando a lo que constituye la esencia de su función. Sería conveniente, tal vez, para algunos funcionarios que pasara inadvertida su actividad, para que ésta no pudiera ser calificada así por la colectividad, pero desde la aceptación del cargo ello no es posible pues sobre aquella conveniencia privan los valores de seguridad jurídica y de justicia, no sólo para la comunidad sino también para todos y cada uno de los individuos que la forman -que en todo caso deben ser considerados como representantes de aquélla, de la que el funcionario depende- y acto de justicia es el derecho a saber cómo se emplean y el destino que se da a los recursos que esa colectividad aporta y que hacen posible la retribución por sus servicios al 'servidor público'. Conlleva pues, lo expuesto, el derecho que tiene todo administrado de obtener información en cuanto se refiera a la actividad del funcionario en el desempeño de sus funciones, de sus emolumentos y de la forma en que se administran los fondos públicos en general y la obligación del servidor público de rendirlos a la comunidad -y a cualquier ciudadano como representante de aquélla- de quien el funcionario depende, con la única salvedad de que se trate de un secreto de Estado o de información suministrada a la administración por particulares, para gestiones determinadas, que conservarán siempre su confidencialidad siempre y cuando ésta esté constitucional o legalmente protegida. Procede así declarar con lugar el amparo y ordenar la entrega de la información solicitada dentro del plazo perentorio indicado en el artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional", Resolución N° 880-90 de 14:25 hrs. de 1 de agosto de 1990, reafirmada en la resolución N° 6240-93 de cita.

Asimismo, la Procuraduría ha indicado:

"En el ejercicio de la función pública los empleados públicos están en el deber de informar de todas sus actividades, de rendir cuenta de su gestión y deben someterse al control que ejercen sobre ellos los administrados, la sociedad civil y los medios de comunicación colectiva. Solo pueden retener aquella información que el Derecho de la Constitución (valores, principios y normas) considera como asuntos de interés privado y, por ende, no media un interés general, y aquella que ha sido calificada como secreto de Estado o confidencial". C-217-2000 de 13 de setiembre del 2000".

No debe quedar duda alguna respecto de que la Institución no puede ampararse en los Derechos Fundamentales de sus funcionarios para negarse a dar información de interés público, como lo es la identidad de los servidores responsable de un acto o actuación, la forma de desempeño y las retribuciones o ventajas que reciben.

En igual forma, está cubierto por el artículo 30 constitucional lo relativo a la parte operativa y administrativa del Ente, lo que abarca necesariamente la gestión financiera de JAPDEVA y su actividad contractual.

CONCLUSIÓN

Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República, que:

- JAPDEVA como parte de la Administración Pública, se rige por el principio de transparencia y publicidad.
- El cumplimiento de estos principios requiere de la Administración el comunicar al público la información relativa a las políticas institucionales, los objetivos que procura la gestión y los medios para lograrlo. Medios que, si bien son instrumentales, permiten el logro de los cometidos públicos.
- El respeto de estos principios se correlaciona con el Derecho Fundamental de todas las personas a la información de interés público.
- Con base en ese Derecho, los terceros pueden exigir que les sean suministrados los documentos de JAPDEVA e información sobre sus actuaciones y las de sus funcionarios, aún cuando éstas estén referidas a la actuación operativa o instrumental de la Entidad.
- Ese Derecho faculta, en general, a los particulares para solicitar información relativa a los fondos públicos y, por ende, sobre salarios de los funcionarios de la Entidad, así como la relativa a su desempeño institucional (Subrayado y destacado añadidos).

http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamento/pro_repartidor.asp?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=12193&strTipM=T

Es ilustrativo del punto que se quiere establecer, el documento que la organización Open Society Justice Initiative presentó en calidad de *amicus curiae* en el caso *Defensoría del Pueblo contra Municipalidad de San Lorenzo s./ Acción de Inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de Paraguay*, que contiene un extenso análisis del tema en cuestión y en el que se hace un estudio de Derecho Comparado del cual sólo se copiarán, a continuación, la parte que concierne a América Latina y las conclusiones, según las cuales, no cabe duda acerca de la naturaleza pública y no íntima del salario de los funcionarios públicos y de su relación con el derecho a la información de los ciudadanos y con la transparencia en el función pública (Nota: las citas al pie fueron incorporadas entre corchetes en el texto para facilitar la lectura):

C. Práctica y legislación comparada sobre el acceso a la información sobre los salarios de los funcionarios públicos / (...)

(...) En este apartado resumiremos la práctica y la legislación comparada relativa a la divulgación de datos sobre la remuneración de los funcionarios, y abordaremos la cuestión de si aquella debe mantenerse como confidencial para proteger el derecho a la intimidad de los funcionarios, examinando, para ello, la legislación y las prácticas de seis estados miembros de la OEA, así como las de otros ocho países de África, Asia, Europa y Medio Oriente / (...)

2. América

61. En Brasil no existe un requisito legal general que obligue a que se hagan públicos los salarios de los funcionarios del gobierno. Sin embargo, en junio de 2009, el alcalde de Sao Paulo, en cumplimiento de las medidas de transparencia aprobadas por la municipalidad, ordenó la difusión en un sitio web especial del nombre, cargo y salario exacto de los 147.000 empleados y otras 15.000 personas contratadas por la municipalidad. Dos asociaciones de funcionarios públicos impugnaron la decisión de la Municipalidad aduciendo razones de seguridad y de protección de su intimidad. En la apelación, la Corte Suprema de Brasil, tras valorar los derechos e intereses en conflicto, resolvió que debía prevalecer el interés público en la revelación de la información en cuestión. La Corte observó que el advenimiento de Internet había transformado la capacidad de la ciudadanía de controlar el gasto social [*SINESP y otros c/ Ciudad de Sao Paulo*, sentencia del 8 de julio de 2009].

62. En Canadá, la federación y cada una de las trece provincias y territorios cuentan con distintas leyes reguladoras de la libertad de información y de protección de la intimidad. En general, sin embargo, la información sobre los salarios y prestaciones de los funcionarios de gobierno se encuentra a disposición del público en todas esas jurisdicciones, ya sea que ésta se haga pública directamente o previa solicitud. La información sobre los salarios de los (altos) funcionarios del gobierno puede consultarse en el sitio web del Parlamento canadiense [Véase

<http://www2.parl.gc.ca/Parlinfo/Lists/Salaries.aspx?Section=b571082f-7b2d-4d6a-b30ab6025a9cbb98>], mientras que las escalas salariales de los funcionarios federales están publicadas en el sitio web de la Junta del Tesoro (*Treasury Board*), el empleador del gobierno federal [Véase <http://www.tbs-sct.gc.ca/tbs-sct/audience-auditoire/employee-employe-eng.asp>]. Los salarios de los directores de las empresas y órganos administrativos estatales también están disponibles públicamente para su consulta.

63. En Chile, la ley de acceso a la información de 2008 exige a todas las instituciones y organismos estatales a los que resulta de aplicación la ley que pongan «a disposición permanente del público», a través de sus sitios electrónicos, la planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones [Ley n.º 20285 sobre transparencia de la función pública y acceso a la información de la Administración del Estado, art. 7(d)]. La información debe actualizarse con una periodicidad mensual como mínimo.

64. En México, el artículo 7 de la ley nacional de acceso a la información [Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental] exige a todas las entidades públicas obligadas por la ley a poner a disposición del público y actualizar regularmente el listado de funcionarios públicos, así como la «remuneración mensual por puesto». En la práctica, la información está generalmente disponible [Véase el motor de búsquedas para acceder a la información sobre salarios:<http://portaltransparencia.gob.mx/pot/remuneracionMensual/beginAPF.do?method=beginAPF>].

65. En Perú, el artículo 40 de la Constitución exige la publicación periódica de los ingresos que perciben los (altos) funcionarios en razón de sus cargos. El artículo 41 de la Constitución exige a todos los funcionarios públicos, incluidos los que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, que hagan declaración jurada de bienes y rentas durante el ejercicio de sus cargos

[Véase http://right2info.org/information-of-high-public-interest/asset-declarations#_ftn7#_ftn7].

Según un dictamen reciente de la Procuradora de la Administración peruana (un organismo administrativo de control), el público en general debe tener acceso a los datos relativos a los salarios de los funcionarios públicos. Según lo establecido en el dictamen, las hojas de cálculo de los salarios de todos los órganos nacionales deben tener carácter público, incluido el nivel salarial de cada cargo específico. El acceso a dicha información es considerado necesario para garantizar el cumplimiento de la obligación del gobierno de rendir cuentas y el control cívico [Ministerio Público, Procuradora de la Administración, Informe n.º C-128 del 19 de abril de 2002].

66. En septiembre de 2009, el Tribunal Constitucional del Perú confirmó esa posición en un caso de *habeas data*, sosteniendo que, además de los resúmenes de las declaraciones de bienes de funcionarios que ya se pueden consultar públicamente, algunos apartados de las declaraciones detalladas de bienes también deberían divulgarse previa solicitud. Entre estos apartados se incluyen los «ingresos y bienes provenientes del sector público», así como toda la información sobre bienes muebles e inmuebles que obre en registros públicos [Asunto Casas Chardon, nota 3 anterior].

67. En Estados Unidos de América, la gran mayoría de los salarios de los funcionarios del gobierno federal se fijan por ley y, por lo tanto, son objeto de registro público.

Los jueces, miembros del Congreso, los secretarios de Estado y los altos funcionarios de los órganos ejecutivos perciben salarios fijos que se aprueban y ajustan por ley.

Otros empleados del poder ejecutivo son remunerados de acuerdo con escalas o tablas que también se fijan por ley; la mayoría se establecen a través del Tabulador General (*General Schedule*), que establece los rangos de salario para los empleados de carrera en todos los niveles del gobierno federal. Los permisos básicos y demás prestaciones de los empleados federales también se establecen por ley, y la Oficina de Administración y Presupuesto (*Office of Management and Budget*) publica información detallada sobre las prestaciones de los funcionarios del poder ejecutivo [Véase, por ejemplo, *United States Office of Personnel Management* [la Oficina de Estados Unidos de Gestión de Personal], *Presidential Transition Guide to Federal Human Resources Management*, [Guía de transición presidencial para la gestión de recursos humanos federales, junio de 2008; disponible en

<http://www.chcoc.gov/Transmittals/Attachments/trans1300.pdf>].

Con fundamento en las consideraciones que preceden y porque se comparten los antecedentes de Derecho Comparado que se citaron, el disidente estima que la demanda que encabeza estas actuaciones ha debido ser declarada con lugar.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

Fecha *retro*.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Vicepresidente,

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

Los Magistrados,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

Disidente

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

PRRH.sn.ar.

Exp. 09-1003

VENEZUELA- Sentencia 2

Sentencia N° 1.547

Caracas, 17 de octubre de 2011

SALA CONSTITUCIONAL

Magistrado Ponente: Arcadio Delgado Rosales

Expediente No. 11-1130

El 26 de septiembre de 2011, se recibió en la Secretaría de esta Sala Constitucional el expediente contentivo de la “acción innominada de control de constitucionalidad” formulada por los abogados Carlos Escarrá Malavé, Neguyen Torres López, Ismar Correa Melo, Chistian Michel Colson y José Luis Durán González, inscritos en el Inpreabogado con los números 14.880, 66.497, 75.502, 98.556 y 91.424, respectivamente, actuando en su carácter de **PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA** el primero de ellos, Gerente de Litigios de ese órgano la segunda de los nombrados, y de sustitutos del Procurador General de la República los restantes, contra el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano a que a través “*de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),*” asegure “*que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de (sic) que desee inscribirse como candidato en procesos electorales*”; se anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que se inhabilitó al referido ciudadano para el ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; y se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

El 28 de septiembre de 2011, se dio cuenta en Sala y se designó Ponente al Magistrado Arcadio Delgado Rosales, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 5 de octubre de 2011, el abogado Enrique Sánchez Falcón, inscrito en el Inpreabogado con el N° 4.580, actuando en su carácter de apoderado judicial del ciudadano Leopoldo López Mendoza, presentó escrito donde solicitó se declare improponible la solicitud formulada por el Procurador General de la República.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Con ocasión de la demanda intentada contra el Estado Venezolano por el ciudadano Leopoldo López Mendoza, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia el 1 de septiembre de 2011, en la que declaró su responsabilidad por violar el derecho al sufragio pasivo.

Los representantes de la Procuraduría General de la República comenzaron por justificar la competencia de esta Sala como garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, en el cardinal 1 del artículo 266 y los artículos 334, 335 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Seguidamente, los representantes de la Procuraduría General de la República denunciaron la parcialidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por haber apreciado como fundamento de su decisión un escrito “animus curiae”, suscrito por la organización Human Rights Foundation, presidida por un familiar consanguíneo del ciudadano Leopoldo López Mendoza.

Afirmó la parte actora que *“la República, ante una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no puede dejar de realizar el examen de constitucionalidad en cuanto a la aplicación de los fallos dictados por esa Corte y sus efectos en el país, por ello, cada decisión emanada de ese órgano jurisdiccional tendrá ejecutoriedad en Venezuela, en la medida de (sic) que el contenido de las mismas cumplan el examen de constitucionalidad y no menoscaben en forma alguna directa o indirectamente el Texto Constitucional (...) lo anterior no significa en modo alguno, que Venezuela desconozca los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, ni tampoco desconozca los actos que de ellos emanen, sino que dichos actos para tener ejecución en Venezuela deben estar conformes con el Texto Fundamental, pues ningún órgano constituido del Estado, podría darle ejecutabilidad a alguna decisión o acto que vaya en franca violación del orden constitucional, ello conllevaría al desconocimiento mismo del Estado y acarrearía una responsabilidad de sus funcionarios por la ejecución de actos inconstitucionales”*.

La parte actora afirmó que *“los derechos políticos no son absolutos y que pueden ser objeto de restricciones por razones de interés general”*, siendo que la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas *“alcanza cualquier fuente de ingreso a la misma (carrera administrativa, elección popular y libre designación), lo que impide el ejercicio de la función pública, sólo en el supuesto de que el sancionado pretenda postularse para ocupar un cargo de elección popular, podría entonces la sanción de inhabilitación administrativa para el ejercicio de funciones públicas, constituir una restricción parcial del derecho a ser elegido derivado del derecho al sufragio pasivo, el cual representan (sic) uno de los tantos contenidos de los derechos políticos”*.

Analizando el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, sostuvo la parte actora que su fin es *“garantizar frente al ciudadano, a la sociedad y a las instituciones del Estado, una Administración recta, honesta, transparente en el manejo de los asuntos públicos, dotada de eficiencia y eficacia en la actividad administrativa en general, y especialmente en los servicios públicos”*. La intención del legislador, fue atacar directamente la corrupción y el desorden administrativo. Igualmente, indicó la parte actora, que el referido artículo 105 *“no puede realizarse en forma restrictiva sino extensiva, comprendiendo que estamos en presencia de un solo y único procedimiento conformado por dos (2) fases, en las cuales se investiga y sanciona un mismo hecho”*. Así, *“la manifestación de la potestad sancionatoria se materializa en dos fases, las cuales necesariamente se encuentran vinculadas entre sí, de modo pues, que la imposición de la sanción de suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, atendiendo al grado o entidad de la irregularidad cometida, se condiciona a la previa declaratoria de responsabilidad administrativa, lo cual se tramita en un solo procedimiento”*, al que calificaron de complejo, pues de éste se producen actos coaligados entre sí.

Que, *“en el presente caso, el ciudadano Leopoldo López Mendoza fue reiterativo al señalar que había sido inhabilitado políticamente, afirmación esta absolutamente falaz, toda vez que la inhabilitación política se corresponde con las sanciones que pueden ser impuestas por un juez penal, como pena accesoria a la de presidio (artículo 13 del Código Penal), mientras que la inhabilitación administrativa para el ejercicio de funciones públicas, es una sanción complementaria que puede imponer el Contralor General de la República en aquellos casos en los cuales haya quedado evidenciada la responsabilidad administrativa de un funcionario, es decir, la naturaleza de ambas sanciones es diametralmente distinta”*.

Sostuvieron los actores que el ciudadano Leopoldo López Mendoza no agotó los recursos internos antes de acudir al sistema interamericano de protección de derechos humanos, pues la Resolución N° 01-00-000005 de fecha 9 de enero de 2006, por medio de la cual el Contralor General de la República le impuso la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, *“quedó firme al no ser impugnada ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su oportunidad”*, por lo que debió ser declarada inadmisibile la solicitud del referido ciudadano de conformidad con lo establecido en el artículo 46.1.a de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Denunciaron imprecisiones y contradicciones de la sentencia de la Corte Interamericana del 1 de septiembre de 2011, cuando: a) se confunde Alcaldía Metropolitana de Caracas con la expresión utilizada por el fallo en cuestión al afirmar que el ciudadano Leopoldo López Mendoza aspiraba a la “Alcaldía del Estado Mayor de Caracas”; b) se confunde en la forma como analiza el mecanismo de designación del Contralor General de la República; c) incurre en un error al indicar

que el ciudadano Leopoldo López Mendoza sufrió un perjuicio al no poder postularse para las elecciones del 2008 al cargo de Alcalde Mayor, ya que conocía la sanción de inhabilitación desde 2006; d) incurre en el error de señalar que los derechos políticos sólo se pueden afectar mediante sentencia judicial firme, pues analizó el artículo 42 constitucional, que se refiere a la revocatoria de la ciudadanía; e) desconoce cuál es la motivación exigida a los actos complementarios, al haber declarado responsable al Estado por haber incumplido el deber de motivación; y f) incurrió en el error de declarar que no existió proporcionalidad entre la sanción pecuniaria y la sanción de inhabilitación, obviando que las sanciones se impusieron tomando en cuenta el máximo y el mínimo de la misma.

Cuestionaron la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la contradicción en la que incurrió al desestimar, por un lado, la violación del derecho a la defensa y a recurrir la decisión sancionatoria, a la presunción de inocencia, a la falta de notificación de la posible imposición de la inhabilitación, de la oportunidad procesal de presentar alegatos y evidencias relacionadas con las posibles sanciones accesorias, a un plazo razonable para la resolución de los recursos judiciales y a la igualdad ante la ley; y, por el otro, concluir en la responsabilidad del Estado por violación del derecho al sufragio pasivo y al derecho a la protección judicial.

Los representantes de la Procuraduría General de la República denunciaron que *“la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos transgrede nuestro ordenamiento jurídico, pues en la misma se desconoce la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción, violentando el principio de autonomía de los poderes públicos, dado que la misma desconoce abiertamente los procedimientos y actos legalmente dictados por órganos legítimamente constituidos, para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por la Contraloría General de la República que contraríen el principio y postulado esencial de su deber como órgano contralor, que tienen como fin último garantizar la ética como principio fundamental en el ejercicio de las funciones públicas”*.

La parte actora denunció que *“la sentencia en cuestión de manera ligera dispone que el (sic) ciudadano Leopoldo López Mendoza le fue violado su derecho político a participar en elecciones como sujeto pasivo del derecho al sufragio, sin tomar en consideración que se habían demostrado los hechos de corrupción que dieron origen a la responsabilidad administrativa del prenombrado ciudadano, y que a su vez produjeron la imposición por parte de la Contraloría General de la República, de la sanción de inhabilitación administrativa para el ejercicio de funciones públicas, indistintamente de su origen (elección popular, carrera administrativa, designación de libre nombramiento o remoción) entonces concluye la Corte que le fue violado su derecho político, por considerar que la sanción de inhabilitación administrativa debe ser impuesta*

por un juez en proceso penal, cuando lo cierto es que la Contraloría General de la República está facultada para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 298 del Texto Constitucional”.

Resaltaron que *“la exigencia de una sentencia judicial firme fuera de un proceso penal para la suspensión de los derechos políticos de un ciudadano, según lo dispone el artículo 42 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se refiere al supuesto de revocatoria de la nacionalidad como condición previa para el ejercicio de la ciudadanía”.*

Denunciaron que las medidas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos están dirigidas a varios órganos del Estado, como lo son las dirigidas al Contralor General de la República, para que revoque los actos administrativos que inhabilitaron administrativamente al ciudadano Leopoldo López; al Consejo Nacional Electoral, para que permita la postulación del precitado ciudadano; a la Asamblea Nacional, para que adecue el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y al Ejecutivo, para que pague las costas procesales, lo que se traduce en una injerencia en las funciones propias de los poderes públicos.

Que, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos invoca el denominado “test de previsibilidad” para declarar la responsabilidad del Estado Venezolano, desconoce el derecho interno y pretende aplicar figuras propias del derecho anglosajón y ajenas al sistema interamericano.

Continuaron afirmando que *“si bien es cierto que los Estados partes se obligan a respetar los derechos humanos, no es menos cierto que los organismos internacionales no pueden valerse o considerarse instancias superiores ni magnánimas a las autoridades nacionales, con lo cual pretendan obviar y desconocer el ordenamiento jurídico interno, todo ello en razón de supuestamente ser los garantes plenos y omnipotentes de los derechos humanos en el hemisferio americano”.*

Denunció la parte actora que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, desconoce la lucha del Estado venezolano contra la corrupción y la aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Venezuela el 2 de junio de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada el 2 de febrero de 2009.

Finalmente, solicitó la parte actora la admisión de la “acción innominada de control de constitucionalidad”, se declare inejecutable e inconstitucional la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, se fije audiencia oral y pública y se exhorte al Ministerio Público para iniciar las acciones penales contra el ciudadano Leopoldo López Mendoza.

II

CONTENIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, declaró que el Estado venezolano violó, con la inhabilitación para ejercer cargos públicos del ciudadano Leopoldo López Mendoza, su derecho a ser elegido, y el deber de motivación de los actos administrativos, a obtener “protección judicial y efectividad de los recursos” y desproporción en la aplicación de la sanción de inhabilitación; todo de conformidad con los artículos 23.1.b, 23.2, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 *eiusdem*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó con claridad los hechos que originaron las declaratorias de responsabilidad del ciudadano Leopoldo Mendoza, tanto en las donaciones recibidas para la promoción del partido Primero Justicia, como las que se verificaron en la gestión como Alcalde del Municipio Chacao del Estado Miranda. El fallo señaló lo siguiente:

“En el año 1998 el señor López Mendoza trabajaba como Analista de Entorno Nacional en la Oficina del Economista Jefe de la empresa PDVSA. Para ese momento era, a su vez, miembro fundador de la Asociación Civil Primero Justicia, organización sin fines de lucro.

El 24 de julio de 1998 fue firmado un Memorandum de Entendimiento entre la Fundación Interamericana (IAF) y PDVSA dentro del denominado Marco para el Desarrollo de Base (MDB), mediante el cual los grupos desfavorecidos se organizan para alcanzar su bienestar social, cultural y económico. En el marco de dicho memorandum de entendimiento, el 23 de diciembre de 1998 se efectuó una donación en beneficio de la Asociación Civil Primero Justicia por la cantidad de sesenta millones sesenta mil bolívares (Bs. 60.060.000,00), la cual fue otorgada en el marco del Convenio de Cooperación, celebrado entre PDVSA y la IAF, en relación con el Proyecto denominado ‘Expansión y consolidación de la justicia de paz en los Estados Monagas, Anzoátegui, Sucre y Delta Amacuro: una oportunidad para la equidad en un contexto de crecimiento económico Regional’. Asimismo, se realizó una donación por veinticinco millones de bolívares (Bs. 25.000.000.00) en beneficio de la misma asociación, esta vez para apoyar el proyecto denominado ‘Educando para la Justicia año escolar 1998-1999’, la cual fue entregada el 11 de septiembre de 1998.

En el momento de las donaciones, la madre del señor López Mendoza, Antonieta Mendoza de López, desempeñaba funciones como Gerente de Asuntos Públicos de la División Servicios de PDVSA.

Los hechos relacionados con dichas donaciones derivaron en un proceso y las correspondientes sanciones, de multa y de inhabilitación al señor López Mendoza (infra párrs. 54, 55 y 58). La imputación general contra la presunta víctima era la de haber incurrido en ‘conflicto de intereses’ en relación con las

donaciones mencionadas, dado que se desempeñaba tanto como trabajador de PDVSA y a la vez como miembro de la Junta Directiva de la organización que recibió donaciones de dicha empresa y además su madre fue quien habría autorizado una de las donaciones.

(...omissis...)

Tal como fue mencionado, el señor López Mendoza se desempeñó como alcalde del Municipio Chacao (supra párr. 30). Cada año los Municipios que integraban el Distrito Metropolitano de Caracas -entre los que se encontraba el Municipio Chacao- le debían transferir a dicho Distrito Metropolitano el 10% de 'los ingresos propios'. Por otro lado, los Concejos Municipales podían aprobar créditos adicionales al Presupuesto de Gastos, a solicitud de los alcaldes, y para ello se autorizaba a declarar insubsistencias totales o parciales de ciertas partidas presupuestales no utilizadas en su totalidad o utilizadas parcialmente.

El 28 de octubre de 2002 el señor López Mendoza declaró una insubsistencia parcial de unos créditos presupuestarios. Posteriormente, el Concejo Municipal de Chacao aprobó créditos adicionales financiados con los recursos provenientes de la mencionada partida cuya insubsistencia había sido declarada. Estos hechos derivaron en un proceso y las correspondientes sanciones, de multa y de inhabilitación en contra del señor López Mendoza. La acusación contra la presunta víctima era la de haber otorgado una finalidad diferente a la que la ley establecía para la partida presupuestaria respectiva”.

En ambos casos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos describió los procedimientos administrativos y judiciales que fueron seguidos ante las autoridades venezolanas.

En el Capítulo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referido a las “Consideraciones para decidir”, enfatizó los límites de su pronunciamiento a lo siguiente:

“A este respecto, la Corte precisa que no es un tribunal penal o una instancia que analiza o determina la responsabilidad criminal, administrativa o disciplinaria de los individuos, ya que no es competente para ello. En consecuencia, la Corte no resolverá sobre la culpabilidad o inocencia del señor López Mendoza respecto a las actuaciones irregulares que le fueron imputadas, ya que esto es materia de la jurisdicción venezolana.

A continuación, se analizará: i) el derecho a ser elegido; ii) las garantías judiciales en los procedimientos administrativos desarrollados; iii) la igualdad ante la ley, y iv) el deber de adoptar disposiciones de derecho interno”.

Reconoce el fallo en cuestión, que el punto central de la controversia es la supuesta violación del derecho a ser postulado del mencionado ciudadano, en los siguientes términos:

“El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la LOGRSNCF, que le

impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular. Luego de reseñar los alegatos de las partes, la Corte determinará si dichas sanciones y sus efectos sobre la presunta víctima son o no compatibles con la Convención Americana.

A juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se produjo la supuesta violación del derecho al sufragio pasivo consagrado en los artículos 21.1.b y 23.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana; declaratoria a la que llegó luego del siguiente análisis:

“La Corte debe determinar si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular son o no compatibles con la Convención Americana. No corresponde, en cambio, que la Corte se pronuncie sobre la interpretación del derecho interno venezolano y, en particular, sobre la compatibilidad o incompatibilidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF con la Constitución de Venezuela.

Asimismo, la Corte considera que para decidir el presente caso no es necesario realizar un pronunciamiento respecto a los alegatos de derecho comparado presentados por el Estado. Si en el futuro se presentara ante la Corte algún caso en que se haya aplicado una de las normas citadas por el Estado, sería entonces procedente analizarlas a la luz de las disposiciones de la Convención Americana.

Así pues, refiriéndose específicamente al caso concreto que tiene ante sí, la Corte entiende que este punto debe resolverse mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo.

El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.

El artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción. En el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una ‘condena, por juez competente, en proceso penal’. Ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un ‘juez competente’, no hubo

‘condena’ y las sanciones no se aplicaron como resultado de un ‘proceso penal’, en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana.

La Corte estima pertinente reiterar que ‘el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de ‘oportunidades’. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. En el presente caso, si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos (supra párr. 94), está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido.

En virtud de lo que antecede, la Corte determina que el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos desestimó la denuncia de violación del derecho a la defensa y a recurrir de la decisión sancionatoria, de la siguiente forma:

“De esta manera, el Tribunal observa que en las diferentes fases de los procedimientos administrativos de responsabilidad, se ofrecieron oportunidades y audiencias al señor López Mendoza para la presentación de alegatos y pruebas. En efecto, la víctima tuvo una participación activa en los procedimientos que se siguieron en su contra, fue notificado del inicio de los mismos (supra párrs. 48 y 70), pudo hacerse representar por abogados, presentó pruebas testimoniales y documentales (supra párrs. 61, 75 y 86), interpuso recursos (supra párrs. 56, 61, 73, 79 y 84), todo ello obteniendo pronunciamientos en atención a sus solicitudes. Así, la Corte considera que no existió violación del derecho a la defensa del señor López Mendoza por parte de las autoridades administrativas y judiciales que se pronunciaron respecto a la imposición de las sanciones de multa.

De otra parte, frente al cuestionamiento de la víctima sobre la ausencia de especificación de las imputaciones en su contra, la Corte observa que la prueba obrante en el expediente permite entender que desde la etapa inicial de indagación existía claridad en el tipo de supuestas irregularidades materia de investigación con relación al señor López Mendoza”.

Seguidamente, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desestimó la denuncia de violación del derecho a la presunción de inocencia, en los siguientes términos:

“Por otro lado, en el presente caso la Corte no encuentra prueba suficiente que le permita considerar que a la víctima se le haya tratado como culpable en las etapas de los procesos administrativos que finalizaron con la imposición de multas. En términos generales, las diferentes instancias de

control, desde el inicio de los procedimientos, actuaron respecto al señor López Mendoza como si fuese una persona cuya responsabilidad disciplinaria estaba aún pendiente de determinación clara y suficiente. Tratándose de conductas establecidas como disciplinables, los órganos de control, a través de diferentes fases, se orientaron a analizar la potencial responsabilidad del señor López Mendoza respecto a los supuestos ilícitos administrativos”.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró con lugar la denuncia de supuesta inmotivación de las decisiones que inhabilitaron para el ejercicio de función pública al ciudadano Leopoldo López, de la manera siguiente:

“Al respecto, la Corte resalta que existe una diferencia importante entre la sanción de multa y la sanción accesoria de inhabilitación para postularse a elecciones, que, como ya se señaló, implica una limitación al sufragio pasivo (supra párr. 108). Ahora, si bien la Corte observa que el señor López Mendoza no contó con una etapa procesal entre las declaratorias de responsabilidad y la imposición de dicha inhabilitación en ninguno de los procesos administrativos que se llevaron a cabo en su contra en la que pudiera presentar alegatos y prueba específica sobre las posibles sanciones accesorias que se le podrían llegar a imponer, lo anterior no implica una violación a su derecho a la defensa por ese solo hecho, dado que el señor López Mendoza tuvo la oportunidad de controvertir la entidad de las fallas administrativas o de la gravedad de las irregularidades cometidas a través de recursos posteriores. Por tanto, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera que no era necesario que existiera un incidente procesal independiente, en el que se le hubiera dado oportunidad de presentar alegatos o prueba para que se cumpliera con su derecho de defensa frente a la imposición de posibles sanciones accesorias.

(...omissis...)

Al respecto, la Corte observa que en las dos resoluciones de inhabilitación el Contralor se concentró en resaltar los hechos por los cuales el señor López Mendoza fue declarado responsable por el Director de la Dirección de Determinación de Responsabilidades (supra párrs. 60 y 83). Si bien la Corte considera que el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, el Tribunal estima que el Contralor General debía responder y sustentar autónomamente sus decisiones, y no simplemente remitirse a las previas declaraciones de responsabilidad. En efecto, de una lectura de dichas resoluciones, la Corte no encuentra un análisis concreto de relación entre la gravedad de los hechos y la afectación a la colectividad, a la ética pública y a la moral administrativa.

(...omissis...)

Finalmente, la Corte ya ha señalado que el señor López Mendoza tuvo oportunidad de controvertir las consideraciones del Contralor a través de recursos posteriores en los que se rechazaban los argumentos sobre la entidad de las fallas administrativas y la gravedad de las irregularidades

cometidas (supra párr. 118). Sin embargo, el Tribunal considera que los problemas en la motivación al imponer la sanción de inhabilitación tuvieron un impacto negativo en el ejercicio del derecho a la defensa. La falta de motivación impedía un reexamen a profundidad sobre la argumentación o evidencia directamente relacionada con la imposición de una restricción al sufragio pasivo que, como es evidente y este caso lo demuestra, pueden ser notablemente más gravosas que la sanción principal. En este punto, el Tribunal reitera que la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores.

En consecuencia, el Estado es responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación, establecidos en el artículo 8.1, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza”.

La Sentencia de la Corte Interamericana desestimó la denuncia de violación del plazo razonable para decidir los recursos ejercidos por el ciudadano Leopoldo López Mendoza ante los diferentes órganos jurisdiccionales, luego de analizar la complejidad, la actividad procesal de las partes, la conducta de las autoridades judiciales y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso, pues las decisiones se ajustaron a la garantía de plazo razonable.

Consideró la sentencia en referencia que se violó presuntamente el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1, en relación con los artículos 1.1, 8.1, 23.1.b y 23.2 de la Convención Americana, al afirmar:

“La Corte ha entendido que para que exista un recurso efectivo no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. Por otra parte, al evaluar la efectividad de recursos incoados ante la jurisdicción contencioso administrativa nacional, la Corte ha analizado si las decisiones tomadas en aquélla han contribuido efectivamente a poner fin a una situación violatoria de derechos, a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos por la Convención. El Tribunal no evalúa la efectividad de los recursos interpuestos en función a (sic) una eventual resolución favorable a los intereses de la presunta víctima.

Al respecto, la Corte observa que los recursos judiciales interpuestos por el señor López Mendoza no cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para proteger su derecho a ser elegido (supra párr. 109) y que pudiera salvaguardar las exigencias mínimas del deber de motivación en los

procesos que derivaron en sanciones de inhabilitación (supra párr. 149), razón por la cual se vulneró el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1, en relación con los artículos 1.1, 8.1, 23.1.b y 23.2 de la Convención Americana, en perjuicio del señor López Mendoza”.

El fallo analizado desestimó la violación del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, por falta de prueba.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró la supuesta violación de la garantía de salvaguardar la seguridad jurídica sobre el momento en el que se puede imponer una sanción, establecida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, al aplicar un llamado “test de previsibilidad” al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal, concluyendo en que:

“Al respecto, si bien el tiempo que transcurrió en el presente caso entre la declaratoria de responsabilidad y la imposición de la inhabilitación no fue en sí mismo excesivo, está probado que la norma interna no establecía un término o plazo fijo para que el Contralor ejerciera dicha facultad. La decisión de la Sala Político Administrativa mediante la cual se intentó suplir esta laguna normativa con el término de prescripción de la acción administrativa no cumple con el estándar de previsibilidad o certeza de la norma. En efecto, el ‘test de previsibilidad’ implica constatar que la norma delimite de manera clara el alcance de la discrecionalidad que puede ejercer la autoridad y se definan las circunstancias en las que puede ser ejercida con el fin de establecer las garantías adecuadas para evitar abusos. La Corte considera que la incertidumbre sobre el plazo dentro del cual se podría imponer las sanciones accesorias establecidas en el artículo 105 de la LOGRSNCF es contraria a la seguridad jurídica que debe ostentar un procedimiento sancionatorio. Por otro lado, el plazo de cinco años no es razonable para garantizar la previsibilidad en la imposición de una sanción. Constituye un plazo excesivamente prolongado y, por lo tanto, es incompatible con la necesidad de que un procedimiento sancionatorio concluya al momento de determinarse la responsabilidad correspondiente, de tal forma que el imputado no espere por un plazo demasiado amplio a que se determine el tipo de sanción que debe recibir por una responsabilidad que ya ha sido determinada. Además, la falta de un plazo cierto, previsible y razonable puede dar lugar a un ejercicio arbitrario de la discrecionalidad a través de sanciones aplicadas en un momento totalmente inesperado para la persona que ya fue declarada responsable previamente.

En consecuencia, al no cumplir con el requisito de previsibilidad y, además, teniendo en cuenta lo señalado en el sentido que el artículo 105 de la LOGRSNCF permite la restricción del derecho a ser elegido por una autoridad que no es juez penal (supra párrs. 107 y 108), la Corte concluye [que] en el presente caso se vulneraron los artículos 8.1, 23.1.b y 23.2, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana”.

En cuanto a las reparaciones aludidas en el artículo 63.1 de la Convención Americana, el fallo señaló:

“La Corte ha señalado que, en las circunstancias específicas del presente caso, se violaron los artículos 23.1.b, 23.2 y 8.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (supra párrs. 109, 149, 205 y 206). En consecuencia, el Tribunal declara que el Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia.

Asimismo, la Corte declara que el Estado debe dejar sin efecto las Resoluciones Nos. 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República (supra párrs. 58 y 81), mediante las cuales se declaró la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas del señor López Mendoza por un período de 3 y 6 años, respectivamente”.

En un mensaje directo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exigió el “control de convencionalidad” y la aplicación de las interpretaciones que ese órgano realiza sobre la Convención Americana, al señalar:

“Sin perjuicio de ello, conforme lo ha establecido en su jurisprudencia previa, este Tribunal recuerda que es consciente [de] que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

(...omissis...)

En conclusión, independientemente de las reformas legales que el Estado deba adoptar (supra párr. 225), con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos

en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso”.

Finalmente, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado Venezolano a lo siguiente:

1. *“El Estado es responsable por la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 109 de la presente Sentencia.*

2. *El Estado es responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación, establecidos en el artículo 8.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 149 de la presente Sentencia.*

3. *El Estado es responsable por la violación del derecho a la protección judicial, establecido en el artículo 25.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, el derecho a las garantías judiciales y el derecho a ser elegido, establecidos en los artículos 1.1, 8.1, 23.1.b y 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 185 de la presente Sentencia.*

4. *El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establecida en el artículo 2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, el derecho a las garantías judiciales y el derecho a ser elegido, establecidos en los artículos 1.1, 8.1, 23.1.b y 23.2 de la misma, en los términos del párrafo 206 de la presente Sentencia.*

5. *El Estado no violó el derecho a la defensa y el derecho a recurrir del fallo en los procedimientos administrativos que finalizaron en determinación de responsabilidad y sanciones de multa, reconocidos en el artículo 8.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 123 de la presente Sentencia.*

6. *El Estado no violó la garantía del plazo razonable en la resolución de los recursos contencioso administrativos de nulidad interpuestos contra las declaraciones de responsabilidad y sanciones de multa, y el recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, reconocida en el artículo 8.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos de los párrafos 169 y 180 de la presente Sentencia.*

7. El Estado no violó la garantía de presunción de inocencia en los procesos que culminaron en determinación de responsabilidad y sanciones de multa, reconocida en el artículo 8.1, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 132 de la presente Sentencia.

8. El Estado no violó el derecho a la igualdad ante la ley, establecido en el artículo 24, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 195 de la presente Sentencia.

DISPONE:

Por unanimidad, que:

1. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación.
2. El Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 217 del presente Fallo.
3. El Estado debe dejar sin efecto las Resoluciones Nos. 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República, en los términos del párrafo 218 del presente Fallo.
4. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 222 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
5. El Estado debe, en un plazo razonable, adecuar el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de acuerdo a lo señalado en el párrafo 225 de esta Sentencia.
6. El Estado debe realizar el pago de la cantidad establecida en el párrafo 243, por concepto de reintegro de costas y gastos dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 244 a 248 de la misma.
7. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
8. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma”.

III

DEL ESCRITO PRESENTADO POR EL APODERADO JUDICIAL DEL CIUDADANO LEOPOLDO LÓPEZ MENDOZA

En el escrito presentado por el apoderado judicial del ciudadano Leopoldo López Mendoza, solicitó se declare improponible la solicitud que encabeza el presente expediente, para lo cual afirmó que *“no pretende responder a los argumentos en que pudo haber basado su innominada acción”*, pues, a su decir, esta Sala Constitucional *“carece de jurisdicción para conocer de acciones o recursos contra la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*.

Sostuvo que *“desconocer la Convención en casos particulares equivale a violar nuestra propia Constitución y pretender denunciarla equivaldría a una modificación constitucional que, en la medida en que afecta a uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico del estado venezolano, el de la preeminencia de los derechos humanos, requeriría del procedimiento de la reforma constitucional y de la intervención del pueblo en referéndum constitucional”*.

Resaltó que la orden impartida por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de adecuar el contenido del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal no produce una injerencia en el derecho interno, pues se trata *“simplemente, de exigirle al Estado que cumpla con el compromiso asumido”*.

Finalmente, alegó la supuesta responsabilidad de la República y de los funcionarios que desconozcan la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues incurrirían en el delito previsto en el artículo 155.3 del Código Penal.

IV

COMPETENCIA DE LA SALA

Precisado lo anterior debe esta Sala pronunciarse respecto de la naturaleza de la acción propuesta, para lo cual advierte:

A juicio de esta Sala, la parte actora no pretende la “nulidad” de la Convención Americana de Derechos Humanos ni del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que el recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad no resulta el idóneo.

Tampoco se trata de una colisión de leyes, pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional, lo que excede

los límites de ese especial recurso, pues la presunta colisión estaría situada en el plano de dos normas de rango constitucional.

En definitiva, del estudio pormenorizado de la solicitud se evidencia que la misma está dirigida a ejercer un “control innominado de constitucionalidad”, por existir una aparente antinomia entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el 1 de septiembre de 2011, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la habilitación para ejercer cargos públicos al ciudadano Leopoldo López Mendoza, lo que amerita que esta Sala en ejercicio de su condición de último interprete de la Constitución, realice el debido control de esas normas de rango constitucional y pondere si con la ejecución del fallo de la CIDH se verifica tal confrontación

Al respecto, debe esta Sala determinar el alcance de la acción de control constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, para luego analizar el régimen de competencia, la admisibilidad y, en el supuesto de que fuera admitida, el procedimiento aplicable.

En tal sentido, se observa:

La Sala Constitucional, en la oportunidad de conocer sobre la conformidad constitucional del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) –Caso: Corte Primera de lo Contencioso Administrativo-, asumió la competencia con base en la sentencia 1077/2000 y según lo dispuesto en el cardinal 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

Dicho cardinal establecía que era competencia de la Sala Constitucional: *“Conocer de las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado venezolano”*.

En dicha oportunidad, esta Sala Constitucional concluyó que la solicitud formulada por la Procuraduría General de la República no podía encuadrarse en un recurso de nulidad, pues no se trataba de una acción de nulidad de un acto en ejecución directa de la Constitución y tampoco se trataba de una colisión de leyes.

Ahora bien, la argumentación de la Sala Constitucional para asumir la competencia para conocer de la conformidad constitucional de un fallo dictado por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos, ha sufrido un cambio con la aprobación de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010.

En efecto, no está incluido en el nuevo texto legal ningún cardinal cuya redacción aluda al contenido del antiguo artículo 5.23 de la Ley de 2004. Si se observa el artículo 25 de la Ley de 2010, contentivo de las competencias de la Sala Constitucional, no se advierte ningún dispositivo que haga referencia al conocimiento y resolución de las controversias suscitadas con motivo de la interpretación y ejecución de las convenciones internacionales.

Ciertamente, el numeral 17 del artículo 25 de la nueva ley pauta que corresponde a esta Sala “*conocer de la demanda de interpretación de normas y principios que integran el sistema constitucional*”.

Pero lo que se está solicitando no es la interpretación de una “*norma o principio*”, sino el análisis de la conformidad constitucional de un fallo de un tribunal de derecho internacional público cuya ejecución se pretende en nuestro país.

Ahora bien, es criterio de esta Sala Constitucional que, al no existir disposición expresa que contemple esta modalidad de control concentrado de la constitucionalidad, lo pertinente es invocar la sentencia N° 1077/2000, la cual sí prevé esta razón de procedencia de interpretación constitucional, a los efectos de determinar el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional. El fundamento de esta competencia se complementa con lo previsto en el artículo 335 de la Constitución que a la letra dice: “*El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República*” (subrayado de este fallo).

Por otra parte, al haber eliminado el legislador la previsión contemplada en el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 y no haber dictado las normas adjetivas que permitan la adecuada implementación de las “*decisiones emanadas de los órganos internacionales*” de conformidad con lo previsto en el artículo 31 constitucional (en su único aparte), el Estado (y, en concreto, la Asamblea Nacional) ha incurrido en una omisión “*de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...*”, a tenor de lo previsto en el artículo 336.7 ***eiusdem*** en concordancia con lo pautado en la Disposición Transitoria Sexta del mismo texto fundamental. En consecuencia, ante la omisión de la Asamblea Nacional de dictar las normas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los organismos

internacionales y/o para resolver las controversias que podrían presentarse en su ejecución, esta Sala Constitucional asume la competencia para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio; y así se decide.

V

DE LA ADMISIBILIDAD

Sentado lo anterior, pasa esta Sala a pronunciarse acerca de la admisibilidad de dicha acción de control de constitucionalidad, para lo cual observa que por cuanto de su examen se constata que cumple con los extremos jurisprudenciales para la admisión de este tipo de recursos, y no se encuentra incurso en ninguna de las causales de inadmisibilidad que preceptúa el artículo 133 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se admite en cuanto ha lugar en derecho. Así se decide.

VI

RÉGIMEN PROCESAL

Como no se trata de una “demanda” de interpretación de normas o principios del sistema constitucional (artículo 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), sino de una modalidad innominada de control concentrado que requiere de la interpretación para determinar la conformidad constitucional de un fallo; esta Sala, con fundamento en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el párrafo primero del artículo 145 *eiusdem*, determina que al tratarse de una cuestión de mero derecho, la presente causa no requiere sustanciación, razón por la cual entra a decidir sin trámite y sin fijar audiencia oral para escuchar a los interesados ya que no requiere el examen de ningún hecho, omitiéndose asimismo la notificación a la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y los terceros interesados, en razón de la necesidad de impartir celeridad al pronunciamiento por la inminencia de procesos de naturaleza electoral, los cuales podrían ser afectados por la exigencia de ejecución de la sentencia objeto de análisis. Así se decide.

VII

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Determinada la competencia para el conocimiento del presente asunto, esta Sala pasa a emitir pronunciamiento, previas las siguientes consideraciones:

El 1 de septiembre de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente a la República Bolivariana de Venezuela por haber presuntamente vulnerado el derecho político a ser elegido (sufragio pasivo) del ciudadano Leopoldo López Mendoza con base en unas sanciones de inhabilitación de tres (3) y seis (6) años para el ejercicio de funciones públicas que le fueron impuestas por el Contralor General de la República.

En tal sentido, la Corte indicó que el punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entendió que el caso debe resolverse mediante la aplicación de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una restricción al derecho a ser elegido, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo, relacionado con *“una condena, por juez competente, en proceso penal”*.

En consecuencia, la Corte ordenó al Estado venezolano:

i) Asegurar a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del ciudadano López Mendoza en el evento electoral en que desee inscribirse, que se celebre con posterioridad a la emisión de la sentencia;

ii) Dejar sin efecto las Resoluciones de 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República mediante las cuales declaró la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas del ciudadano López Mendoza por un periodo de 3 y 6 años, respectivamente;

iii) Publicar el resumen oficial de la sentencia en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y la totalidad de la sentencia en un web oficial.

iv) Adecuar al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, de acuerdo a lo señalado en la sentencia.

v) Pagar la cantidad fijada en la sentencia por concepto de reintegro de costas y gastos.

Por otra parte, la Corte consideró que el Estado era responsable por la violación del deber de motivación y el derecho a la defensa en los procedimientos administrativos que derivaron en la imposición de las sanciones de inhabilitación en perjuicio del ciudadano López Mendoza, en virtud de que el Contralor no formuló una motivación adecuada y autónoma –distinta a la de imposición

de multas- para justificar la sanción de inhabilitación. Igualmente, consideró que los recursos judiciales interpuestos por la presunta víctima ante las Salas Político Administrativa y Constitucional tampoco cumplieron con dar una respuesta efectiva e idónea para amparar su derecho a ser elegido, vulnerando el derecho a la protección judicial.

Asimismo, el fallo recuerda *“que es consciente [de] que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer **ex officio** un ‘control de convencionalidad’, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*.

Finalmente, la Corte Interamericana señala que *“supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana”*.

En primer término, es necesario advertir que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un tratado multilateral que tiene jerarquía constitucional y prevalece en el orden interno solo *“en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables”* a las establecidas en la Constitución, de conformidad con lo pautado en el artículo 23 de nuestro texto fundamental.

Dicho artículo 23 constitucional, dispone a la letra:

“Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Por otro lado, es importante referir que Venezuela ratificó dicha Convención el 23 de junio de 1977, y los días 9 de agosto de 1977 y 24 de junio de 1981 reconoció expresamente las competencias de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

respectivamente. En concreto, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 de la Convención, el Estado parte puede declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de su texto, lo cual efectivamente fue hecho por nuestro país.

Ahora bien, para determinar el alcance del fallo del 1 de septiembre de 2011 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su obligatoriedad, es preciso observar lo siguiente:

Como se indicó *supra*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que “el punto central” del fallo es la presunta violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, infringiendo el artículo 23 de la Convención Americana, en vista de que esta disposición exige en su párrafo 2 que la sanción de inhabilitación solo puede fundarse en una condena dictada por un juez competente, en un proceso penal.

Sobre el punto, es preciso reiterar (ver fallo N° 1939/2008, caso: Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) que:

...“[e]l preámbulo de la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” aclara que la protección internacional que de ella se deriva es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Es decir, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que, en el caso de nuestro país, es “la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” (artículo 7 constitucional).

Por otra parte, el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango “*supraconstitucional*”, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 *eiusdem* y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.

Sobre este tema, la sentencia de esta Sala N° 1309/2001, entre otras, aclara que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*). Agrega el fallo citado: “en este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado

Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

Concluye la sentencia que: “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución” y que son inaceptables las teorías que pretenden limitar “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”.

En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala N° 1265/2008 estableció que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos...(…) sobre los intereses particulares...”.

Por otra parte, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su decisión N° 1942/2003 precisó, en relación con el artículo 23 constitucional, lo siguiente:

*“A juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: **1)** Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales; **2)** Se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos. (...)*

‘Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara. (...)

Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela.

Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país, que permitan a los Estados partes del Tratado consultar a organismos internacionales acerca de la interpretación de los derechos referidos en la Convención o Pacto, como se establece en el artículo 64 de la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, ya que, de ello ser posible, se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes. (...)

A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: 'La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución` siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones.

Si un organismo internacional, aceptado legalmente por la República, amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos...(...)

‘La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara. (...)

Los artículos 73 y 153 constitucionales, contemplan la posibilidad que puedan transferirse competencias venezolanas a órganos supranacionales, a los que se reconoce que puedan inmiscuirse en la soberanía nacional.

Pero la misma Constitución señala las áreas donde ello podría ocurrir, cuales son -por ejemplo- las de integración latinoamericana y caribeña (artículo 153 **eiusdem**). Áreas diversas a la de los Derechos Humanos **per se**, y donde las sentencias que se dicten son de aplicación inmediata en el territorio de los países miembros, como lo

apunta el artículo 91 de la Ley Aprobatoria del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Entiende la Sala que, fuera de estas expresas áreas, la soberanía nacional no puede sufrir distensión alguna por mandato del artículo 1 constitucional, que establece como derechos irrenunciables de la Nación: la independencia, la libertad, la soberanía, la integridad territorial, la inmunidad y la autodeterminación nacional. Dichos derechos constitucionales son irrenunciables, no están sujetos a ser relajados, excepto que la propia Carta Fundamental lo señale, conjuntamente con los mecanismos que lo hagan posible, tales como los contemplados en los artículos 73 y 336.5 constitucionales, por ejemplo.

Consecuencia de lo expuesto es que en principio, la ejecución de los fallos de los Tribunales Supranacionales no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República" (subrayados de este fallo).

Por otra parte, la Sala Constitucional, en su sentencia 1265/2008 decidió:

"Por lo que respecta a la presunta inconstitucionalidad del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, por violentar lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta Sala Constitucional observa:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José el 22/11/69 y ratificada por nuestro país el 09/08/1977, es una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia.

Ahora bien, en ella no hay norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.

Por otra parte, en relación a los derechos políticos, el artículo 23.2, admite la `reglamentación` de los mismos mediante ley, en atención a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Esta disposición no alude a restricción en el ejercicio de estos derechos, sino a su reglamentación. En todo caso, de una manera general,

el artículo 30 **eiusdem** admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga 'conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas'.

Aunada a esta prescripción, el artículo 32.2 pauta que 'los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática'.

En función de lo expuesto, esta Sala considera que es posible, de conformidad con la 'Convención Americana sobre los Derechos Humanos', restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.

Estas previsiones contenidas en los artículos 30 y 32.2 de la Convención adquieren particular importancia cuando estamos en presencia, en el caso de Venezuela, de un ordenamiento constitucional que, sin duda, privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales, al haber cambiado el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia.

En tal sentido, en el supuesto negado de que exista una antinomia entre el artículo 23.2 y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que éstos contengan normas más favorables a las de la Constitución.

Ahora bien, ¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más 'favorable' que la normativa constitucional interna?

Es imprescindible para resolver esta antinomia, de existir, tomar en consideración lo que esta Sala Constitucional ha resuelto a través de su jurisprudencia. En concreto, en la sentencia 1309/2001, se estableció que '...la interpretación debe tener una doble justificación: la interna o coherencia con el sistema jurídico; y la externa o adecuación con la mejor teoría política que subyazca tras el sistema y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica...'

En consecuencia, la interpretación está condicionada material e ideológicamente. El derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución); y la interpretación debe comprometerse si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional, que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione).

Agrega el fallo **in commento** que, 'En este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser comparables con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado. Aunque la teoría moderna del Derecho ha quitado al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le atribuía, para la ciencia jurídica actual, la formulación de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho nacional varía según el sistema de referencia adoptado, siendo que para ello, como expresa Kelsen, los dos sistemas son igualmente admisibles, y no hay método jurídico que permita dar preferencia a uno en menoscabo del otro (*Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, p. 343). Y se observa que la validez del derecho internacional depende del reconocimiento explícito de la Constitución (artículo 23), desde un punto de vista sistemático, la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista. La nueva teoría es combatida por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela` (Subrayado de este fallo).

Una vez más se advierte del texto de la sentencia invocada la especificidad de la interpretación de las normas constitucionales: la necesidad de asegurar la supremacía constitucional (artículo 7 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y el análisis técnico en consonancia con el proyecto político de la Constitución.

Asimismo, la sentencia 1309/2001 observa que '...la interpretación constitucional hace girar el proceso hermenéutico alrededor de las normas y principios básicos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha previsto. Ello significa que la protección de la Constitución y la jurisdicción constitucional que la garantiza exigen que la interpretación de todo el ordenamiento jurídico ha de hacerse conforme a la Constitución (verfassung konforme Auslegung von Gesetze)...`.

Esta conformidad requiere el cumplimiento de varias condiciones, unas formales, como la técnica fundamental (división del poder, reserva legal, no retroactividad de las leyes, generalidad y permanencia de las normas, soberanía del orden jurídico, etc.) (RIPERT. *Les forces créatrices du droit*. Paris. LGDJ, 1953, pp. 307 y ss); y otras axiológicas (Estado social de derecho y de justicia, pluralismo público y preeminencia de los derechos fundamentales, soberanía y autodeterminación nacional), pues el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano.

Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda

desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo.

Por tanto, según la sentencia 1309/2001, *´no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución, ni que la interpretación de ésta llegue a contrariar la teoría política propia que sustenta. Desde este punto de vista, habría que negar cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos y aunque no se excluyen las antinomias intraconstitucionales entre normas y entre estas y los principios jurídicos (verfassungswidrige) [normas constitucionales, inconstitucionales] la interpretación o integración debe hacerse ohne naturecht (sin derecho natural), según la tradición de cultura viva, cuyo sentido y alcance dependen del análisis concreto e histórico de los valores compartidos por el pueblo venezolano. Parte de la protección y garantía de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela radica, pues, en una perspectiva política in fieri, reacia a la vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional, como lo exige el artículo 1 **eiusdem**` (subrayado de este fallo).*

En conclusión, el fallo 1309/2001 reivindica la supremacía constitucional, la soberanía y la autodeterminación nacional y la reivindicación de la tradición de cultura como fuente de interpretación y no solo de integración, frente a los postulados pretendidamente universales, fundados en el derecho natural, y que no son más que una opción por la *´interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista`*.

Con fundamento en las consideraciones expuestas y en la jurisprudencia citada, esta Sala concluye que la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32.2 de la *´Convención Americana sobre derechos humanos`*. Esta prescripción es en un todo compatible con lo dispuesto en los artículos 19 y 156, cardinal 32 de la Constitucional (sic) Nacional. Lo previsto en el artículo 23.2 no puede ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral.

En concreto, es inadmisibles la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 **eiusdem**); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e *´imponer los reparos y aplicar las sanciones*

administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley` (art. 289.3 eiusdem). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide”.

Además de los criterios jurisprudenciales antes referidos, esta Sala Constitucional considera pertinentes las observaciones que el Magistrado Diego García-Sayán hace en su voto concurrente razonado del fallo objeto de análisis. En efecto, dicho voto expone:

1. “El caso resuelto por la Corte se refiere a una víctima perfectamente individualizada, el señor Leopoldo López Mendoza, y a una situación y materia jurídica con un ‘punto central’ identificado por la Corte:

100. El punto central del presente caso radica en las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo en aplicación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular.

2. En torno a este aspecto central de la controversia la Corte ha determinado la responsabilidad internacional de Venezuela por la afectación, inter alia, al derecho establecido en el artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos según el cual: ‘[l]a ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal’.

3. Siendo el tema esencial de este caso el derecho del señor López Mendoza a registrar su candidatura para cargos electivos y habiendo la Corte declarado la violación del derecho a ser elegido, remitiéndose, entre otras, a la estipulación contenida en el artículo 23.2 de la Convención, corresponde complementar la interpretación del Tribunal sobre dicha disposición para los efectos acotados de este caso. El asunto al que se vio enfrentada la Corte en el presente caso guarda relación, también, con el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la administración y sus límites tratándose de restricciones al sufragio pasivo.

4. Por las consideraciones que se exponen en la Sentencia, la Corte ha concluido que en este caso se vulneró el artículo 23.2 de la Convención Americana. Sin embargo, de sustentarse esa conclusión exclusivamente en una interpretación literal de la norma y no ser complementada con una explicación y fundamentación mayor, así como con otras herramientas de interpretación, podría conducir a conclusiones equívocas si se proyectara más allá del caso y para otras situaciones de afectación de derechos políticos. Que, particularmente, podría ser interpretada en un sentido debilitante de capacidades institucionales de los Estados en el enfrentamiento al flagelo de la corrupción.

5. De una interpretación no sólo literal sino sistemática y evolutiva del artículo 23.2 que, además, incorpore los trabajos preparatorios de la Convención como criterio complementario, se llega en este voto concurrente a un enfoque alternativo...

Interpretación comprensiva del artículo 23.2

6. Es conveniente un análisis adicional sobre las expresiones 'exclusivamente' y 'condena, por juez competente, en proceso penal' contenidas en el artículo 23.2 de la Convención. En particular para determinar si con ello se excluye totalmente la posibilidad de que se impongan limitaciones para ejercer cargos públicos por vías judiciales distintas a la penal o por vías administrativas, disciplinarias o a través de otros mecanismos. Una interpretación sistemática, evolutiva y teleológica así como el instrumental complementario de los trabajos preparatorios de la Convención Americana nos lleva a conclusiones diferentes.

7. La Corte ha efectuado ya, en un caso distinto, una determinación sobre el término 'exclusivamente' y determinó que debía ser interpretado de manera sistemática con el artículo 23.1 y con el resto de los preceptos de la Convención y los principios básicos que la inspiran. En particular, se estableció que las causales consagradas en dicho artículo no son taxativas sino que pueden ser reguladas teniendo en cuenta variantes tales como las necesidades históricas, políticas, sociales y culturales de la sociedad:

166. El sistema interamericano [no] impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.

8. El análisis sistemático, teniendo en cuenta los elementos del presente caso, apunta, primero, a analizar esta norma de la Convención Americana en relación con otros instrumentos internacionales, universales y regionales, que regulan las restricciones a derechos políticos. Adicionalmente, hace indispensable tomar en cuenta el alcance y repercusión de instrumentos internacionales adoptados en el marco de la lucha contra la corrupción, todos ellos posteriores a la Convención Americana que data de 1969.

9. En este orden de análisis es de resaltar que en los demás ordenamientos internacionales de protección de derechos humanos no existe referencia específica de los medios o mecanismos por los cuales se puede regular el derecho a presentarse a elecciones o el ejercicio del derecho al sufragio pasivo. No se ha estipulado en el sistema universal ni en los demás sistemas regionales una norma que establezca que los Estados sólo pueden restringir el sufragio pasivo por medio de 'condena, por juez competente, en proceso penal'.

10. En el ámbito universal el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no incluye posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos semejante al artículo 23.2 de la Convención. Sí establece que los mismos no pueden ser limitados por `restricciones indebidas`. El Convenio Europeo, en su artículo 3 del Protocolo 1, se limita a consagrar la obligación de garantizar `elecciones libres`. En algunos casos el Tribunal Europeo sí ha establecido que los Estados Parte pueden establecer requisitos para la presentación de un candidato a elecciones, y que en este ámbito se pueden imponer requisitos más estrictos que en las condiciones para poder votar. Por último, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no hay norma parecida al artículo 23.2 de la Convención Americana.

11. El marco conceptual y normativo de las obligaciones internacionales en la lucha contra la corrupción, por su parte, marca ciertas pautas de conducta para los Estados en la implementación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción. En esos instrumentos se han precisado obligaciones que no se limitan al camino de procesos penales para combatir conductas relacionadas con el fenómeno de la corrupción.

12. En cuanto a la interpretación evolutiva, esta aproximación ha sido constante tanto en la Corte Interamericana como en el Tribunal Europeo al haberse establecido que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Esta Corte ha utilizado el derecho nacional comparado al tener en cuenta normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos para analizar controversias en casos contenciosos. El Tribunal Europeo, por su parte, también ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados.

13. A partir de la información que sobre esta materia consta en el expediente, aparece que en la región existen diversos sistemas sobre imposición de inhabilitaciones a funcionarios públicos que se traducen en restricción al sufragio pasivo: i) sistema político, que consiste en un juicio político a cargo del órgano legislativo, generalmente contra funcionarios de alto rango sindicados de haber cometido faltas o delitos; ii) sistema judicial a través de un proceso penal, y iii) sistema administrativo, disciplinario o encomendado a la autoridad judicial electoral. De ese examen suele concluirse que el uso de un sistema no es excluyente de otro sistema. Observando este contexto de derecho comparado se podría decir que estas prácticas jurídicas e institucionales de los Estados Parte se conectan a obligaciones internacionales en el contexto de los principios e instrumentos anticorrupción ya mencionados.

14. La interpretación teleológica toma en cuenta la finalidad contenida en los diversos criterios sobre regulación de derechos políticos. En el artículo 23.2 de la Convención se estipulan posibles causales para la limitación o reglamentación de los derechos políticos y se busca, claramente, que no

quede al arbitrio o voluntad del gobernante de turno, con el fin de proteger que la oposición política pueda ejercer su posición sin restricciones indebidas. Ése es el claro sentido de la norma. El mecanismo de restricción de derechos, pues, tiene que ofrecer suficientes garantías para cumplir con la finalidad de proteger los derechos y libertades de las personas, los sistemas democráticos y a la oposición política. Debe entenderse, pues, que el juicio debe ser el más estricto posible, sea cual sea la vía utilizada para efectuar una restricción.

15. En lo que atañe a los trabajos preparatorios de la Convención como criterio complementario de interpretación, no se encuentra en ellos debate ni sustentación acerca de los términos 'exclusivamente por [...] condena, por juez competente, en proceso penal'. Este concepto fue incluido sólo en la última discusión del artículo sobre los derechos políticos, por una propuesta del delegado de Brasil. El delegado de Colombia y el miembro de la Comisión de Derechos Humanos presentaron objeciones. Sin embargo, la enmienda fue aprobada y se hizo la inclusión en el texto definitivo del artículo 23. No consta, sin embargo, la razón o motivación por la que se presentó dicha enmienda ni se conoce del debate. Por ello, no es posible concluir con absoluta claridad cuál fue la intención de los Estados para la incorporación de dicho término en el actual artículo 23 de la Convención Americana.

16. A partir de los medios de interpretación referidos en los párrafos anteriores se puede concluir que el término 'exclusivamente' contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo que el concepto 'condena, por juez competente, en proceso penal' no necesariamente supone que ése sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción. Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar. Lo que es claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles". (Subrayado de este fallo)

Ahora bien, la Sala, aunque coincide casi en su totalidad con el enfoque alternativo del Magistrado García-Sayán, no puede compartir, por los argumentos vertidos en los fallos referidos **supra**, la conclusión de que la sanción de inhabilitación solo puede ser impuesta por una "autoridad judicial".

En tal sentido, en la citada sentencia 1265/2008 esta Sala precisó lo siguiente:

"Es de advertir, en cuanto al fondo, que como expresa G. CABANELLAS en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII (R-S) pág. 294, 'la sanción administrativa puede implicar la inhabilitación para ejercer una profesión o actividad'.

Asimismo, en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución de República Bolivariana de Venezuela), el Poder Ciudadano está autorizado para ejercer un poder sancionador sustancialmente análogo al derecho penal, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general (ver Diccionario Jurídico Espasa LEX, págs. 776 y 902).

De igual manera, el mismo Diccionario de la Lengua Española (pág. 1277), si bien alude en su primera acepción a la inhabilitación como la 'pena o castigo que priva de algunos derechos', lo cual podría requerir un fallo judicial; en su segunda acepción refiere a la 'incapacitación para ejercer diversos empleos', lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa.

En efecto, si bien el artículo 65 del Constitución de República Bolivariana de Venezuela señala que '...no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones...', esta norma no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo **stricto sensu** o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.

Nótese que la norma, si bien plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito, tampoco impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto; la norma sólo plantea una hipótesis, no niega otros supuestos análogos.

En este contexto, cabe destacar que tal determinación es un asunto de política legislativa que corresponde en todo caso al legislador nacional, según la orientación que este órgano, dentro de su autonomía, decida asignarle al **ius puniendi** del Estado; por lo que negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autonómico de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental.

Al respecto, esta Sala, en sentencia N° 1260 del 11 de junio de 2002 (caso: Víctor Manuel Hernández y otro contra el artículo 38, parágrafo Segundo, 52, y 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia) estableció que:

'...Hay quienes han pretendido establecer como diferencia el hecho de que entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal no existen diferencias de tipo material, sino que la gran diferencia es relativa al ámbito normativo que genera las disposiciones en las cuales se sustentan, quiere decir, que será el legislador a través de la creación de las normas que se desarrollarán tanto por la Administración como por la jurisdicción penal quien clasificará la potestad como penal o administrativa.

En consecuencia, será Derecho administrativo sancionador o Derecho penal, aquello que el legislador establezca como tal, independientemente del contenido normativo de las sanciones o penas que se establezcan.

Considera esta Sala que poco provecho se obtendría al pretender generar la discusión con base al órgano que ejecuta el ius puniendi (judicial o administrativo), ya que las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho sancionador son sólo relevantes en cuanto se refieren a su ámbito de aplicación, siendo en consecuencia necesario entrar a analizar la finalidad de las mismas, pues las diferencias que pudiesen existir en ese orden, serán las que permitan establecer los parámetros de interpretación de tales ramas del derecho.

Este ha sido el criterio sostenido por la jurisprudencia patria, la cual asume la tesis de la dualidad del ejercicio del ius puniendi del Estado, fijando como característica diferenciadora el fin último perseguido por una u otra manifestación de la potestad punitiva (sentencia de la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno del 9 de agosto de 1990 (caso Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo).

En consecuencia, el objeto de estudio y aplicación del derecho administrativo sancionador, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad administrativa.

Esto es así, debido a la necesidad de la Administración de hacer cumplir sus fines, ya que de lo contrario, la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el ius puniendi del Estado frente a la inobservancia de los particulares en cumplir con las obligaciones que les han sido impuestas por ley, de contribuir a las cargas públicas y las necesidades de la colectividad...’.

La actividad del Parlamento anteriormente anotada, sólo podría hallar límites en la Constitución, la cual, al no prohibir esta especial manifestación sancionatoria por parte de la Contraloría General de la República, y al encontrar ésta sustento expresamente en la ley que la rige, se ajusta tanto al principio de supremacía constitucional como al principio de legalidad, como pilares fundamentales del Estado de Derecho. Así se declara”.

En la misma línea argumental es preciso referir que la Convención Americana no es el único tratado suscrito por Venezuela relativo a derechos humanos y, en consecuencia, de rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, que debe ser tomado en consideración para resolver sobre la ejecución del fallo de la Corte Interamericana.

En efecto, nuestro país ha suscrito y ratificado con posterioridad a la aludida Convención otros tratados de cuyo texto pueden inferirse conclusiones muy distintas a las vertidas en el fallo del 01 de septiembre de 2011, objeto de análisis, en la presente decisión.

Así, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, obliga a los Estados Americanos a “tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio”, sin exigir que tales medidas sean necesariamente jurisdiccionales. Asimismo, el artículo II precisa los propósitos de la Convención en los siguientes términos:

“1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y

2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio” (subrayado de este fallo).

Como puede advertirse de esta disposición se insta a los Estados a promover y fortalecer los “mecanismos” necesarios (no exclusivamente judiciales) para sancionar los actos de corrupción. Igualmente, el artículo III, referido a las medidas preventivas alude a la “aplicabilidad de medidas dentro de sus propios sistemas institucionales” por parte de los Estados Partes, lo cual en el caso de Venezuela implica el reconocimiento dentro del marco constitucional del poder sancionador del Poder Ciudadano (artículo 274) entre cuyos órganos está la Contraloría General de la República. En este mismo artículo (cardinal 9) se exige fortalecer los “órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas” (subrayado nuestro). Obviamente, estos mecanismos modernos deben ser entendidos como aquellos que se apartan y diferencian de los tradicionales, que exigen una sentencia penal firme por la comisión de un delito.

En el mismo lineamiento, esta Sala observa que el artículo XI propone un desarrollo progresivo de las legislaciones nacionales para la consecución de los objetivos de la Convención, sin que se pueda concluir del contenido de dicha disposición que las conductas cuestionadas deban ser necesariamente objeto de condena judicial.

Por otra parte, el artículo XIV al aludir a la asistencia y cooperación entre los Estados Partes para la investigación y sanción de los actos de corrupción, insiste en la creación de: formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción”. Y agrega que “Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes...”, sin indicar que dichos órganos sean

judiciales. Es más, el artículo XVIII precisa que deberán designarse “Autoridades Centrales” en cada Estado Parte para la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de la Convención; y en la mayoría de los países signatarios, entre ellos el nuestro, se designa como autoridad central a un órgano de naturaleza administrativa o no “jurisdiccional” como la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (Ecuador); Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto (Argentina); General Counsel and Director Department of Justice y Vice President Americas Branch Canadian International Agency (Canadá); Representante Permanente de los Estados Unidos ante la OEA y la Office of International Affairs of the Criminal Division of the United States Department of Justice (EEUU); Ministerio de Justicia (Perú); Tribunal Superior de Cuentas (Honduras); Comisión Nacional de Transparencia y contra la Corrupción (Guatemala); etc. En el caso de Venezuela, la autoridad central designada es el Consejo Moral Republicano constituido por la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República y la Defensoría del Pueblo.

Igualmente, Venezuela es país signatario de la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, suscrito en el año 2003, cuyo objetivo es la introducción de un conjunto cabal de normas, medidas y reglamentos que puedan aplicar todos los países para reforzar sus regímenes jurídicos y reglamentarios destinados a la lucha contra la corrupción. En tal sentido, es digno de destacarse la protección de la soberanía de los Estados que expresamente se declara en el artículo 4 del tratado. Así, se pauta que *“1. Los Estados Partes cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados. 2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades”*-

En el artículo 5 de la Convención, relativo a las “Políticas y prácticas de prevención de la corrupción”, se hace referencia a la necesidad de que los Estados fomenten políticas y prácticas eficaces contra la corrupción y, en concreto, en el cardinal 3 de la misma disposición se pauta que *“cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuadas para combatir la corrupción”* (subrayado de este fallo). En relación a los órganos de prevención de la corrupción, el artículo 6 precisa que corresponde a cada Estado Parte, *“de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”*, garantizar la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción, debiendo otorgársele a los mismos independencia para desempeñar sus funciones de manera eficaz. Podemos, en relación a esta disposición, inferir que puede ser más de un órgano el encargado de la lucha contra la corrupción y que no existe limitación alguna a que se trate exclusivamente de tribunales.

Dicha conclusión se afina aún más con la previsión contemplada en el artículo 8, cardinal 6, el cual contempla la posibilidad de aplicar “medidas disciplinarias o de otra índole” contra los funcionarios públicos que incurran en corrupción. Asimismo, en relación al sector privado se admite la aplicación de “sanciones civiles, administrativas o penales eficaces” (art. 121.1 *eiusdem*).

Por otra parte, de manera expresa, el artículo 30.7 establece la posibilidad de inhabilitar “por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un periodo determinado por su derecho interno” a los sujetos de corrupción (subrayado de este fallo).

Esta previsión de sanciones distintas a las judiciales se reitera en las Disposiciones Finales (Capítulo VIII, artículo 65) de la Convención, que textualmente pauta:

“1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción” (subrayado de este fallo).

En conclusión, aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría general de la República como un órgano integrante de un Poder Público (Poder Ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.

No se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sino de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un “control de convencionalidad” respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela, que no fueron analizados por la sentencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, lo que ha obligado a esta Sala a ponderar un conjunto de derechos situados en el mismo plano constitucional y concluir en que debe prevalecer la lucha contra la corrupción como mecanismo de respeto de la ética en el ejercicio de cargos públicos, enmarcada en los valores esenciales de un Estado democrático, social, de derecho y de justicia. Ese mecanismo de “control de convencionalidad” ha sido señalado por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el voto contenido en la sentencia del 24 de noviembre de 2004, caso: *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, donde tal función se despliega “*en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del corpus juris convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado*”, entre los que se encuentran las Convenciones contra la corrupción, ratificadas por Venezuela, por lo que no puede ejercerse una interpretación aislada y exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos sin que con ello se desconozca el “*corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*”, a los que aluden también las Opiniones Consultivas de la CIDH N° OC-16/99 y N° OC-17/2002.

Finalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos persiste en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Sala Constitucional declara inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “*de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE)*,” a asegurar “*que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales*”; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a las adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

Sin perjuicio de lo antes señalado, esta Sala advierte que la inhabilitación administrativa impuesta al ciudadano Leopoldo López Mendoza no le ha impedido, ni le impide ejercer los derechos políticos consagrados en la Constitución. En tal sentido, como todo ciudadano, goza del derecho de sufragio activo (artículo 63); del derecho a la rendición de cuentas (artículo 66);

derecho de asociación política (el ciudadano López Mendoza no solo ha ejercido tal derecho, sino que ha sido promotor y/o fundador de asociaciones y partidos políticos); derecho de manifestación pacífica (el ciudadano López Mendoza ha ejercido ampliamente este derecho, incluyendo actos de proselitismo político); así como, el derecho a utilizar ampliamente los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 70), incluyendo las distintas modalidades de participación “referendaria”, contempladas en los artículos 71 al 74 eiusdem, en su condición de elector.

Esto es así porque, se insiste, la inhabilitación administrativa difiere de la inhabilitación política, en tanto y en cuanto la primera de ellas sólo está dirigida a impedir temporalmente el ejercicio de la función pública, como un mecanismo de garantía de la ética pública y no le impide participar en cualquier evento político que se realice al interior de su partido o que convoque la llamada Mesa de la Unidad Democrática, en los términos aludidos en la sentencia de esta Sala N° 661 del 22 de junio de 2010, caso: Juan Pablo Torres Delgado, en la que se precisó que *“la participación política se ejerce mediante múltiples mecanismos democráticos en el que cada uno de los ciudadanos y ciudadanas y demás actores políticos que configuran la Sociedad venezolana hagan valer sus intereses bien sea mediante elecciones, alianzas, consensos y demás mecanismos políticos que son reconocidos por nuestro ordenamiento constitucional y legal en la medida en que se mantengan dentro del esquema constitucional”*. Así se decide.

DECISIÓN

Por lo expuesto, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la ley, declara:

1) **INEJECUTABLE** el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado Venezolano, a través “*de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE)*,” a asegurar “*que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales*”; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; y se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.

2) La Sala declara que el ciudadano Leopoldo López Mendoza goza de los derechos políticos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tratarse solo de una inhabilitación administrativa y no política.

Remítase copia certificada de la presente decisión a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la Procuraduría General de la República, al Consejo Nacional Electoral, a la Contraloría General de la República y al Ministerio Público.

Publíquese y regístrese. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los 17 días del mes de octubre de dos mil once. Años: 201º de la Independencia y 152º de la Federación.

La Presidenta,

Luisa Estella Morales Lamuño

El Vicepresidente,

Francisco Antonio Carrasquero López

Marcos Tulio Dugarte Padrón

Magistrado

Carmen Zuleta de Merchán

Magistrada

Arcadio Delgado Rosales

Magistrado-Ponente

Juan José Mendoza Jover

Magistrado

Gladys Gutiérrez Alvarado

Magistrada

El Secretario,

José Leonardo Requena Cabello

Expediente N° 11-1130

ADR/

VENEZUELA- Sentencia 3

Sentencia N° 59

Caracas, 9 de noviembre de 2010

SALA PLENA

Magistrado Ponente: FRANCISCO A. CARRASQUERO LÓPEZ

Expediente AA10-L-2010-000210

El 11 de octubre de 2010, fue recibido por la Secretaría de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, oficio núm. 619-10, emitido por el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante el cual remitió a esta Sala copia del expediente núm. 555-10, el cual contiene la tramitación del juicio que se le sigue, entre otros, al ciudadano Richar José Blanco Cabrera, titular de la cédula de identidad núm. 7.660.035.

Tal remisión se debe a la solicitud que interpusieran por ante ese tribunal los abogados Negar Rafael Granado Dávila y Nelson Urribarri Prieto, titulares de las cédulas de identidad números 12.094.458 y 3.158.212, respectivamente, e inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los números 81.851 y 59.584, en el mismo orden, en su carácter de defensores privados del ciudadano Richar José Blanco Cabrera. Dicha solicitud consiste en que se revoquen las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad dictadas en contra del mencionado ciudadano, en el marco del procedimiento que se sigue en el expediente referido anteriormente.

El 13 de octubre de 2010, se designó ponente al Magistrado doctor **FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ**, quien, con tal carácter, suscribe el presente fallo.

I

DE LA PRETENSIÓN

En el escrito presentado por los defensores del ciudadano Richar José Blanco Cabrera, se afirmó lo siguiente:

1.- Que, el 26 de septiembre de 2010, el ciudadano Richar José Blanco Cabrera fue electo Diputado principal a la Asamblea Nacional por el circuito 3 del Distrito Capital.

2.- Que, el 27 de septiembre de 2010, fue proclamado Diputado por la Junta Regional Electoral del Distrito Capital.

3.- Que, el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que los Diputados a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus

funciones, desde su proclamación y hasta la conclusión de su mandato o hasta la renuncia del mismo.

4.- Que, como Diputado a la Asamblea Nacional, el mencionado ciudadano tiene la obligación de cumplir sus labores a dedicación exclusiva y a mantener un vínculo permanente con sus electores. Que debe, además, tener la posibilidad de desplazarse dentro y fuera del territorio nacional. Que no puede estar sometido a ninguna medida de coerción personal que restrinja sus libertades; y que, por último, tiene derecho a manifestar su opinión libremente y a declarar públicamente a través de cualquier medio de comunicación.

5.- Afirman, que el 6 de abril de este mismo año, el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, le otorgó al referido ciudadano, con arreglo en los numerales 3, 4, 5 y 9 del artículo 256 del Código Orgánico Procesal Penal, medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad.

6.- Argumentan, que para enjuiciar a los Diputados a la Asamblea Nacional debe seguirse el procedimiento previsto en el Título IV del Libro Tercero del Código Orgánico Procesal Penal. Por lo tanto, el mencionado ciudadano no puede estar sometido a medidas de coerción personal y, en consecuencia, las medidas anteriormente referidas deben ser, conforme a lo establecido en el artículo 264 del citado código, revocadas.

7.- Por las razones planteadas, solicitaron la libertad plena de su defendido y la suspensión de la persecución penal en su contra.

II

DE LA DECISIÓN MEDIANTE LA CUAL SE REMITE COPIA DEL EXPEDIENTE A ESTA SALA PLENA

En su decisión de 11 de octubre de 2010, el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, señaló que, luego de haber examinado la solicitud planteada así como los documentos presentadas por el ciudadano Richar José Blanco Cabrera para acreditar su condición de Diputado a la Asamblea Nacional, decidió, con base en lo previsto en los artículos 162 (sic), 200 y 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en lo establecido en el artículo 378 del Código Orgánico Procesal Penal, que lo procedente era separar del expediente lo relacionado con el proceso que se le sigue al mencionado ciudadano, y remitir copia de dichas actuaciones a esta Sala Plena.

III

ANTECEDENTES DEL CASO

1.- El 22 de agosto de 2009, el Ministerio Público ordenó el inicio de una investigación y la práctica de varias diligencias relacionadas con presuntos hechos punibles cometidos durante las concentraciones realizadas ese día en la ciudad de Caracas.

2.- En esa misma fecha, el Ministerio Público comisionó al Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas para que efectuara las investigaciones pertinentes en torno a presuntos hechos ocurridos a tempranas horas de ese mismo día durante la concentración de

personas efectuada en la Avenida Francisco de Miranda, frente al Centro Comercial Lido, en la jurisdicción del Municipio Chacao.

3.- El 26 de agosto de 2009, luego de haber obtenido los resultados de varias diligencias de investigación, la representación del Ministerio Público solicitó orden de aprehensión, conforme a lo previsto en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, en contra del ciudadano Richar Blanco, titular de la cédula de identidad número 7.660.035, por la presunta comisión de los delitos de lesiones personales graves e instigación a delinquir, previstos, respectivamente, en los artículos 415 y 283, en concordancia con el 285, todos del Código Penal.

4.- En esa misma fecha el Tribunal Trigésimo Séptimo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas ordenó la aprehensión del ciudadano Richar José Blanco Cabrera, la cual fue ejecutada por funcionarios adscritos al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

5.- El 27 de agosto de 2009, el ciudadano Richar José Blanco Cabrera designó a los abogados Nelson Urribarri Prieto, Ramón Flores y Negar Granado para que actuaran en defensa de sus derechos en esa causa penal.

6.- El 29 de agosto de 2009, se efectuó la audiencia de presentación del mencionado ciudadano ante el Juzgado Trigésimo Séptimo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, al final de la cual el mencionado tribunal ratificó la medida preventiva privativa de libertad, y, en consecuencia, fijó como sitio para su reclusión el Centro Penitenciario Región Capital Yare.

7.- El 7 de septiembre de 2009, la defensa del ciudadano Richar Blanco apeló de la citada decisión.

8.- El 11 de ese mismo mes y año el Ministerio Público contestó el mencionado recurso de apelación.

9.- El 21 de septiembre de 2009, la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones del Circuito judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, admitió el referido recurso de apelación.

10.- El 24 de septiembre de 2009, el Tribunal 37 de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas declaró procedente la solicitud de prórroga prevista en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal, requerida por el Ministerio Público el 23 de ese mismo mes y año.

11.- El 2 de octubre de 2009, el mencionado juzgado de segunda instancia declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto.

12.- El 13 de octubre de 2009, el Ministerio Público presentó acusación contra el ciudadano Richar José Blanco Cabrera por la supuesta comisión de los delitos de lesiones personales graves e instigación a delinquir, previstos, respectivamente, en los artículos 415 y 283, en concordancia con el 285 del Código Penal.

13.- El 24 de noviembre de 2009, se efectuó la audiencia preliminar en la referida causa, al final de la cual el Tribunal Trigésimo Séptimo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, entre otros pronunciamientos, admitió la acusación presentada contra el referido ciudadano, por la presunta comisión de los delitos de

lesiones personales graves e instigación a delinquir, previstos, respectivamente, en los artículos 415 y 283.1, en concordancia con el 285 del Código Penal, y, en consecuencia, se ordenó el pase a juicio oral y público.

14.- El 6 de abril de 2010, el Tribunal Trigésimo Séptimo de Primera Instancia en Función de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas sustituyó la medida privativa de libertad impuesta al ciudadano Richar Blanco por las siguientes medidas sustitutivas de la privativa de libertad: 1.- Presentación periódica ante la sede de ese juzgado cada 15 días. 2.- Prohibición de salida del país y de la circunscripción del Tribunal. 3.- Prohibición de dar declaraciones a los medios de comunicación con respecto a la presente causa. 4.- Pedir autorización al tribunal en las oportunidades en que requiera participar en actividades de calle.

IV

DE LA COMPETENCIA

Tal y como fue reseñado anteriormente, los defensores del ciudadano Richar José Blanco Cabrera, incoaron ante el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, solicitud de revocatoria de las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad que en contra de dicho ciudadano había dictado el mencionado tribunal.

Ello con fundamento en que el ciudadano Richar José Blanco Cabrera fue elegido Diputado a la Asamblea Nacional, en el marco del proceso electoral realizado el 26 de septiembre del presente año.

Por su parte, el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, consideró, en su decisión del 11 de octubre del año en curso, que esta Sala Plena es el órgano judicial competente para darle trámite a dicha petición.

Visto que el argumento planteado por la defensa del ciudadano Richar José Blanco Cabrera hace referencia a la condición de Diputado electo que ostenta su defendido; siendo que dicho ciudadano está siendo sometido a un proceso penal; y visto que el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que, de los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá de forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala Plena declara su competencia para responder a la solicitud planteada. Así se establece.

V

DE LA MOTIVACIÓN

Los defensores del ciudadano Richar José Blanco Cabrera solicitaron al Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que en virtud de que dicho ciudadano había sido elegido Diputado a la Asamblea Nacional, debían ser revocadas las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad que en su contra había dictado dicho tribunal.

El juzgado mencionado, luego de haber dejado constancia de la condición de Diputado a la Asamblea Nacional del referido ciudadano, acordó, con fundamento en lo establecido en los artículos 162 (sic), 200 y 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 378 del Código Orgánico Procesal Penal, separar de la causa que venía conociendo lo relativo al proceso que se le seguía, y enviar copia del expediente a esta Sala Plena.

La premisa fundamental que la solicitud referida plantea, es que el ciudadano Richar José Blanco Cabrera fue electo Diputado a la Asamblea Nacional en el proceso electoral que se llevó a cabo el 26 de septiembre de 2010. En tal sentido, la solicitud incoada pasa, necesariamente, por determinar la veracidad de lo afirmado por los mencionados defensores y la naturaleza y alcance de los atributos o prerrogativas que dicho cargo de elección popular trae aparejados.

Respecto a la elección del ciudadano Richar José Blanco Cabrera como Diputado a la Asamblea Nacional, aparte de ser un hecho público y de haber sido informado debidamente por el Consejo Nacional Electoral, dicha elección quedó acreditada en autos mediante la presentación de la credencial otorgada, el día lunes 27 de septiembre de 2010, al mencionado ciudadano, por la Junta Regional Electoral del Distrito Capital.

Ahora bien, en cuanto a los efectos que produjo en la situación jurídica procesal del ciudadano Richar José Blanco Cabrera su elección como Diputado a la Asamblea Nacional, así como la repercusión que su condición de Diputado tendría con respecto a las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad que le fueron impuestas, tratará la Sala seguidamente.

1.- Con el fin de determinar, en concreto, cuáles son los efectos que se derivan de la condición de Diputado a la Asamblea Nacional, la Sala estima útil hacer referencia al modo como han sido consagradas las prerrogativas parlamentarias en las constituciones venezolanas, particularmente aquella que se ha denominado “inmunidad parlamentaria”, para distinguirla de la “inviolabilidad parlamentaria”; ello permitirá advertir la evolución que ha venido sufriendo dicha institución, sus caracteres más resaltantes y los cambios en la intención de los constituyentes respecto a los efectos y naturaleza de la institución.

1.1. En lo que respecta a la Constitución de 1811, ésta estableció que los Representantes y Senadores no podían ser aprisionados durante el tiempo en que desempeñasen sus funciones legislativas, y durante el tiempo que les tomaba llegar al lugar de las sesiones o volver a sus domicilios, salvo que incurriesen en los delitos de traición o perturbación de la paz pública; asimismo, los miembros del Congreso estaban exentos de responsabilidad por las opiniones expresados en la Cámara a la cual hubiesen pertenecido (“párrafo” 69, Sección Sexta, Capítulo Segundo).

Este “párrafo” recuerda la justificación que algunos textos de derecho constitucional refieren como el origen de las prerrogativas parlamentarias en Inglaterra. Dichos textos afirman que la génesis de los privilegios parlamentarios (*parliamentary privileges*) se debió al requerimiento que hicieron los monarcas de que los servicios de sus consejeros o funcionarios de alto rango que fuesen, al mismo tiempo, parlamentarios, no fuesen susceptibles de interrupciones por hostigamiento durante su viaje al parlamento o detención por parte de sus acreedores; a fin de evitar tales situaciones, los monarcas prohibieron que se les acosara o arrestara (cf. Munro, Colin: *Studies in constitutional law*, pág. 215).

Actualmente, la prerrogativa frente al arresto en el Reino Unido ha perdido mucha de su importancia, aunque se la conserva para ciertos casos y siempre y cuando el hecho objeto de investigación no guarde relación con la presunta comisión de un delito.

Volviendo al párrafo 69 de la Constitución de 1811, se observa que consagra las dos modalidades en que se acostumbra a clasificar las prerrogativas legislativas. En la primera parte del mismo se hace referencia a la inmunidad parlamentaria, y en la segunda a la llamada inviolabilidad parlamentaria. Con arreglo a la primera, se prohíbe la detención del parlamentario durante el tiempo en el que debían desempeñar sus funciones legislativas: "*La inmunidad de los Representantes y Senadores (...) se reduce a no poder ser aprisionados durante el tiempo que desempeñen sus funciones legislativas*".

A este tipo de inmunidad la denominaré la Sala "inmunidad contra el arresto", pues lo que ella prohíbe es la detención por razones de orden político de los miembros del cuerpo legislativo; dicha inmunidad habrá que distinguirla de otras especies, como la que denominaremos "inmunidad contra el proceso", la cual prohíbe que se siga cualquier tipo de proceso judicial contra los parlamentarios. La primera es una garantía contra la interrupción inadvertida de el ejercicio de las funciones parlamentarias, pero no contra el enjuiciamiento propiamente, pues de algún modo lo permite cumplidas como fueren ciertas formalidades; la segunda, en cambio, está dirigida más bien al libre ejercicio de la actividad parlamentaria, o, al ejercicio pleno y absoluto de dicha actividad. Ambas modalidades se enfrentan tanto en su alcance como en sus principios. En resumen, la "inmunidad contra el arresto" no prohíbe el enjuiciamiento; la "inmunidad contra el proceso", prohíbe el enjuiciamiento. En lo que sigue, la Sala dará cuenta de la evolución de la inmunidad parlamentaria a la luz de esta clasificación. Sin embargo, debe advertirse que en algunos casos los tipos no se presentan puros, lo cual será advertido en su momento.

De manera similar, aunque más diáfana en cuanto a la posibilidad de enjuiciamiento, la Constitución de 1819, por ejemplo, estableció una "inmunidad contra el arresto", pero no una "inmunidad contra el proceso", pues, conforme al artículo 2º, de la Sección Cuarta del Título 6, los miembros del Congreso no podían ser arrestados, pero sí juzgados por el Senado.

La Constitución de 1830 consagró en su artículo 83 que, en casos graves, los Senadores y Representantes podían ser arrestados y procesados. En casos menos graves, no podían ser arrestados, pero sí enjuiciados. Es decir, con arreglo a esta Constitución, dichos funcionarios no gozaban de "inmunidad frente al proceso", al menos de forma absoluta, es decir, podían ser procesados por los delitos que cometiesen.

El artículo 34 de la Constitución de 1857 es, en esencia, similar al artículo 83 de la Constitución de 1830, es decir, consagra la posibilidad de que los Senadores y Diputados fuesen sometidos a juicio criminal, más no civil, "desde el día de la elección, y mientras duran las sesiones y regresan a sus casas; y en los demás años, desde dos meses antes de la reunión del Congreso". Es decir, los miembros del Congreso podían ser enjuiciados.

Similar al anterior es el artículo 43 de la Constitución de 1858, pues autoriza el enjuiciamiento de los Senadores y Diputados en causas criminales.

Es decir, en el período que va desde la Constitución de 1811 hasta la Constitución de 1858, predominó la "inmunidad contra el arresto"; lo cual significa que la intención del constituyente fue que los miembros del cuerpo legislativo fuesen enjuiciados por la comisión de delitos, siempre tras el cumplimiento de ciertas formalidades. Es decir, esta etapa se caracteriza por rechazar la "inmunidad contra el proceso".

1.2. La Constitución de 1864 forma parte de un segundo grupo de constituciones en las cuales se consagra la “inmunidad contra al proceso” de forma temporal y retroactiva. La libertad absoluta de los Senadores y Diputados durante el tiempo señalado por dichas constituciones, es decir, la imposibilidad de arrestarlos, derivaba de la imposibilidad de que los juicios abiertos antes o durante el ejercicio de sus funciones pudiesen continuar.

La prohibición fue consagrada en el artículo 38 de la referida constitución; según dicho artículo, los parlamentarios gozaban de inmunidad, y esta consistía “en la suspensión de todo procedimiento, cualquiera que sea su origen o naturaleza”. Es decir, en oposición a las constituciones del período 1811-1858, en las cuales, explícita o implícitamente se permitía el enjuiciamiento, y hasta el arresto en casos graves, en la Constitución de 1864 hubo un giro en esta marcha, pues se prohíbe que “*desde el veinte de Enero de cada año hasta treinta días después de terminadas las sesiones*” se sigan las causas de cualquier tipo en que estén involucrados los congresistas.

Idéntica o similar disposición se encuentra en el artículo 38 de las constituciones de 1874, 1881 y 1891; en el artículo 39 de la Constitución de 1893; bajo el artículo 48 de la Constitución de 1901; en el artículo 46 de la Constitución de 1904; en el artículo 51 de la Constitución de 1909; y en el artículo 49 de las constituciones de 1914 y de 1922.

1.3. La Constitución de 1925 supone una revitalización parcial de la “inmunidad contra el arresto”; es decir, implicó una consagración parcial del modelo seguido por las constituciones que van desde la de 1811 a la de 1858, pues, a diferencia de lo que establecían las constituciones del período 1864-1922, ya no preceptúan que la inmunidad consiste en la suspensión de las causas, sino en que los parlamentarios no pueden “*ser presos, arrestados, confinados ni en modo alguno detenidos ni coartados en el ejercicio de sus funciones ni aun cuando en dicho tiempo incurrieren en delito*”; luego se precisa que si “*el hecho punible que se les atribuyere mereciere pena corporal, el sumario quedará paralizado, mientras dure la inmunidad*” (ordinal 1º del artículo 70).

Se vuelve, pues, a la “inmunidad contra el arresto”, y la “inmunidad contra el proceso” sólo operaría, al menos por lo que se desprende de una lectura literal de la norma, respecto a los hechos punibles que fuesen cometidos durante la vigencia de la inmunidad, es decir, “*desde treinta días antes del 19 de abril hasta treinta días después de terminadas las sesiones*”. De igual modo, se permite que se evacuen todas las diligencias conducentes a la investigación del hecho, lo cual es una novedad respecto a sus predecesoras. Sin embargo, no se permite el allanamiento de la inmunidad parlamentaria. Dicho precepto se repite en la Constitución de 1928, en la de 1929, en la de 1931, en todas en el artículo 70; en el artículo 69 de la Constitución de 1936, en el artículo 70 de la Constitución de 1945.

Es evidente que estas constituciones crearon un modelo de inmunidad parlamentaria a medio camino entre la “inmunidad contra el arresto” de las constituciones del período 1811-1858 y el período de la “inmunidad contra el proceso” del período 1864-1922. Hubo, sí, un avance, pero no pleno, hacia la imposición de la tesis según la cual la inmunidad no supone una prerrogativa frente al ejercicio de la acción penal y el enjuiciamiento. Habrá que esperar al siguiente período para encontrar una consagración más depurada de este principio.

1.4. La admisión plena de la inmunidad parlamentaria como una prerrogativa contra el arresto, pero no contra el proceso judicial, llegaría con la Constitución de 1947, pues aclara la corriente iniciada en la Constitución de 1925, al preceptuar que “*mientras dure su mandato ningún*

Diputado o Senador podrá ser preso, arrestado, confinado ni en modo alguno detenido ni coartado en el ejercicio de sus funciones, a menos que incurra en flagrante delito”.

Es decir, no prohíbe el enjuiciamiento como sí lo hacía el grupo de constituciones del período 1864-1922, y llega aun más lejos de lo que lo habían hecho las constituciones estudiadas bajo el período 1925-1945.

Ya no hay, por ejemplo, suspensión del sumario por imperio de la ley. Por el contrario, será la Cámara respectiva la que tendrá que decidir si continua o se paraliza el procedimiento. Esto muestra que el constituyente no está dispuesto a otorgar una inmunidad de pleno derecho respecto al proceso, o siquiera parcial mediante una disposición como la del artículo 38 de la Constitución de 1864 o la contenida en el artículo 70 de la Constitución de 1925, es decir, la suspensión de la investigación por disposición de la propia Constitución y sin que órgano alguno considere la posibilidad de que, dadas, las circunstancias, sea necesario allanar la inmunidad parlamentaria. En esta constitución sí se permite el allanamiento.

Otro elemento revelador del cambio de rumbo sufrido por la institución de la inmunidad en esta Constitución, se observa en lo que prevé su artículo 147. Con arreglo a esta disposición, las Cámaras “*podrán ordenar (es decir, tendrán la posibilidad de hacerlo o no) la paralización de los juicios instaurados contra ellos y la libertad de los que estuvieren detenidos, por el tiempo de las sesiones o por el que falte para el vencimiento del período constitucional respectivo*”. Es decir, dicha disposición permite que las Cámaras paralicen los juicios que hubiesen sido abiertos con anterioridad a la elección de los parlamentarios.

Esto significa que el constituyente reconoce que la inmunidad no consiste necesariamente, como sucedía en el grupo de constituciones que inauguró la de 1864 (y que quizá se mantuvo, al menos en la memoria colectiva, bajo el grupo de constituciones que inició la de 1925) en la suspensión de tales juicios. Y ello es así por la naturaleza de tal disposición, la cual permite a las Cámaras suspender o no. Si la suspensión de tales procesos previos a la elección caracterizase la inmunidad, la norma no habría tratado dicha suspensión como una mera posibilidad que dependía de lo que decidiera la Cámara respectiva según el caso.

En otras palabras, si para que se paralicen los juicios instaurados contra los Diputados y Senadores, tal como lo establece el artículo 147 de la Constitución de 1947 (es decir, los abiertos antes de que los parlamentarios hubiesen sido electos), se hace necesario que la Cámara respectiva lo decida expresamente, ello implica un reconocimiento implícito de que la paralización de tales juicios no es un efecto inmediato de la inmunidad, ni forma parte del contenido esencial de dicha institución.

Así lo interpretó el luchador social, político y jurista Gustavo Machado en un análisis que hiciera de la inmunidad en el marco de la Constitución de 1961, particularmente con respecto a los delitos conocidos por la jurisdicción militar; en dicho análisis menciona este artículo 147, y en lo que aquí interesa, lo interpreta tal como lo acaba de hacer la Sala en los párrafos anteriores, es decir, como una norma cuyo propósito era la posibilidad de suspender los juicios que se hubiesen iniciado respecto a presuntos delitos cometidos por los senadores o diputados electos con anterioridad a su elección como congresistas (cf. “*La inmunidad parlamentaria en la Constitución de 1961*”, en Estudios sobre la Constitución, Tomo III, pág. 1946).

En conclusión, la Constitución de 1947 consagra un modelo de “inmunidad contra el arresto” que potencia la idea según la cual tal institución no supone una “inmunidad contra el proceso”. Dicha tesis fue mantenida por las constituciones del período 1811-1858, y fue

restablecida, luego del período 1864-1922, con la constitución de 1925. La norma contenida en el artículo 147, que permite la suspensión del proceso, siempre que así lo autoricen las Cámaras, no es más que la excepción que confirma la regla.

1.5. Por su parte, la Constitución de 1961 avanza aun más en la regulación contenida en la Constitución de 1947, la cual esta Sala ha denominado como la consagración cada vez más clara de una “inmunidad frente al arresto”, y en contra de la “inmunidad frente al proceso”. **Esto significa que la inmunidad se configura como un instrumento ante la intención de afectar la composición de las cámaras legislativas o impedir que las cámaras tomen una determinada decisión, y no como una prohibición de enjuiciamiento de los miembros del órgano legislativo.** Así, en esta Constitución se profundiza en el diseño de una inmunidad dirigida netamente a la prevención de actos o conductas que resulten contrarias a la independencia del legislativo, al tiempo que garantiza en mayor medida que sus predecesoras, la posibilidad de juzgar a los diputados y senadores al Congreso Nacional por los actos que cometan en el **ejercicio de sus funciones.**

En dicha Constitución conseguimos normas expresas a favor de la tesis de la “inmunidad contra el arresto”. Así, en el artículo 143 se lee que los Senadores y Diputados no podían “*ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones*”. Al mismo tiempo, el constituyente estableció, de un modo que acentúa lo que se había establecido en la Constitución de 1947, no sólo que los actos que puedan constituir delito cometidos por los Senadores y Diputados deben ser investigados, sino además, que antes de que conozcan las Cámaras lo relativo al allanamiento de la inmunidad, la Corte Suprema de Justicia determine si hay méritos o no para enjuiciar al miembro del Congreso. Con ello se alcanza una intervención aun mayor del Poder Judicial en ese asunto.

Otro elemento en pro de la garantía de la inmunidad como una defensa frente a la interrupción de las sesiones o un intento de cambiar la composición de las Cámaras, es decir, como “inmunidad contra el arresto”, se colige del hecho de que no queda en esta Constitución signo alguno de aquéllas normas constitucionales en las cuales se impedía el enjuiciamiento de los miembros del Congreso, o se ordenaba la suspensión de las investigaciones, del sumario o se impedía el allanamiento de los miembros del Congreso.

En particular, hay que destacar que la disposición contenida en el artículo 147 de la Constitución de 1947, a la que se hizo referencia anteriormente, la cual, como se apuntó, permitía que las Cámaras paralizaran los juicios iniciados contra Senadores y Diputados antes de haber sido electos, con la consecuente libertad de aquéllos que estuvieran detenidos con ocasión de dichos juicios, **no fue reeditada.** Es decir, y quiere la Sala insistir en ello, una disposición que expresa tal posibilidad no existe en la Constitución de 1961. Este es un dato que un intérprete imparcial y racional de la evolución constitucional de la inmunidad parlamentaria no puede soslayar ni pasar por alto.

Dicha norma ni está en la Constitución ni debe tenérsela como implícita en la Constitución de 1961, por la simple razón de que pertenece a un modelo de inmunidad (la “inmunidad contra el proceso”), que como ha demostrado la Sala, sólo fue consagrada con claridad en el período que va de la Constitución de 1864 a la Constitución de 1922. No hay duda de que en dicho período se hizo explícita la intención de que se suspendiera todo juicio contra los miembros del Congreso. Y cuando quiso revivirse dicho modelo, así fuese parcialmente, hubo una mención expresa de tal intención, tal como lo refirió la Sala respecto al artículo 147 de la Constitución de 1947, la cual, más como una excepción que confirma la regla que como otra cosa.

En conclusión, una atribución como la del artículo 147 citado no es de la esencia ni de la naturaleza de la inmunidad parlamentaria en el constitucionalismo venezolano.

1.6. Por último, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se perfiló un modelo de prerrogativa constitucional de orden marcadamente procesal. Esto es, se hace más modesto el supuesto que prohíbe el tipo de inmunidad que se ha venido denominando “inmunidad contra el arresto”, ya que no se explicitan los casos en que operaba la prohibición que era costumbre mencionar en las constituciones anteriores, tales como el arresto, el confinamiento, el registro personal o domiciliario, entre otros, pues, simplemente, se advierte en su artículo 200 que el Tribunal Supremo de Justicia será la “*única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención*”.

De igual modo, el carácter marcadamente procesal que esta Sala evidencia en la regulación que de la inmunidad parlamentaria hizo el Constituyente de 1999, también se observa en la novedad según la cual sólo el Tribunal Supremo de Justicia conocerá de los procesos en los cuales se señale como presunto autor de un hecho punible a los Diputados a la Asamblea Nacional.

No hay referencia alguna a la suspensión de los juicios en los que se investigue o procese a un diputado a la Asamblea Nacional, lo cual debe entenderse como la consolidación de un modelo de inmunidad que persigue evitar la detención con fines políticos, es decir, con el fin de modificar la composición de la Asamblea o de evitar que se tome una determinada decisión, y no una inmunidad que tenga como propósito evitar el enjuiciamiento de los parlamentarios.

Finalmente, la intención de hacer este resumen de la evolución del tratamiento de la inmunidad parlamentaria en las constituciones venezolanas, fue advertir las tendencias que respecto a su naturaleza y efectos reflejan las normas que la consagran. Es evidente que se ha dado una oposición entre dos modelos de inmunidad; también luce claro que dichos modelos fueron aplicados con mayor o menor intensidad en ciertos períodos. Así, pues, el modelo que consiste en proteger a los parlamentarios del enjuiciamiento, que también podemos llamar modelo de la libertad absoluta, o modelo de la “inmunidad contra el arresto”, fue acogido por las constituciones del período 1864-1922. El prototipo de inmunidad que ampara al parlamentario de ser sometido a un arresto por motivos políticos lo acogen las constituciones del período 1811-1858; también se refleja de manera menos decidida en las constituciones del período 1925-1945, y lo consolidan definitivamente las constituciones de 1947, 1961 y 1999.

Bajo este segundo tipo de inmunidad se aleja la posibilidad de que se suspendan los procesos contra los parlamentarios que se hubiesen abierto antes de haber sido electos, pues, la razón de que se les proteja, conforme a los principios que lo animan, *radica en la posibilidad de que el órgano legislativo no sufra cambios inesperados en su composición, o se vea imposibilitado de tomar una decisión debido a lo inadvertido de dichos cambios. Es decir, es una defensa del ejercicio de sus funciones por el propio parlamento, y no una garantía para el ejercicio personal de las funciones del parlamentario.*

Siendo, pues, que el supuesto de hecho o, lo que es lo mismo, la condición de la cual se hace depender la protección que conlleva gozar de inmunidad parlamentaria consiste en que se detenga de forma inesperada y simulada a un parlamentario con la intención real de obstaculizar o impedir el normal funcionamiento del parlamento, y visto que las detenciones o medidas que se dicten en el transcurso de un proceso abierto con anterioridad a la elección de un diputado no se caracterizan propiamente por ser inesperadas o simuladas, no se justifica que respecto de tales

decisiones o medidas se active el procedimiento en que consiste la inmunidad, o que sean cubiertas por la prohibición de detención que asiste a los parlamentarios durante el ejercicio de sus funciones.

Esta Sala considera firmemente, pues se ha convencido de ello mediante el estudio previo, que nuestra vigente Constitución contiene una regulación de la inmunidad parlamentaria en el sentido apuntado en el párrafo anterior, y ello se observa no sólo por la lectura de sus preceptos, sino también por la tendencia constitucional en la que se inscribe, la cual, como ya se ha dicho, se revitaliza con la Constitución de 1947, se asienta en la Constitución de 1961, y se consolida en la vigente constitución.

Es decir, factores sistemático-lingüísticos, relativos al sentido que debe dársele a los términos usados por la Constitución y a la coherencia de los preceptos en ella contenidos, así como factores sistemático-funcionales, asociados a la función que cumplen las normas bajo estudio, no sólo en la constitución actual sino en las constituciones precedentes, respaldan la tesis contraria a la sostenida por los solicitantes de autos; es decir, tales factores contradicen lo que éstos afirman en cuanto a que del hecho de que su defendido fue electo Diputado a la Asamblea Nacional se sigue la suspensión del juicio que contra dicho ciudadano lleva adelante el Poder Judicial. Debe tomarse en cuenta que el juicio en referencia fue abierto antes de que el mencionado ciudadano fuese electo Diputado, es decir, que el ejercicio de la persecución penal, en este caso, no atenta contra la estabilidad de la composición de un parlamento que ni siquiera ha entrado en sesiones, ni afecta por consecuencia el que tome las decisiones en que consiste el ejercicio de las potestades legislativas. Supuestos estos que, como se recordará y resulta de los análisis sistemáticos realizados anteriormente, son los que justifican en la actualidad el que se proteja mediante la inmunidad la labor o función parlamentaria.

Siendo, pues, que el artículo 200 de la Constitución sólo protege al órgano legislativo ante situaciones que afecten de forma inesperada e inadvertida el buen orden de los asuntos que dicha institución discute, y visto que tales inadvertencia o intencionalidad no se da en este caso, al aludido ciudadano no le es aplicable, al menos en este caso, el régimen de la inmunidad que, según su defensores, le es aplicable por el hecho de haber sido electo Diputado a la Asamblea Nacional. En consecuencia, el juicio en su contra debe seguir su curso legal ante el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al cual debe remitirse el expediente. Así se establece.

2.- Seguidamente, esta Sala pasa a examinar el Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, para así referirse a la intención de la mayoría de sus miembros respecto al régimen de inmunidad parlamentaria; la cual esta Sala considera que atiende primordialmente, no a la libertad del parlamentario como fin, sino al buen funcionamiento del parlamento.

En la sesión de 4 de noviembre de 1999, se presentó a primera discusión la propuesta de artículo 219, relativa a la inmunidad parlamentaria, la cual reproducía en lo esencial lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución de 1961, que como se recordará acogió el modelo de la "inmunidad contra el arresto", y dejó sin efecto lo que establecía el artículo 147 de la Constitución de 1947 en cuanto a la posibilidad de que se suspendieran los juicios iniciados contra un legislador con anterioridad a su elección.

Varios constituyentes intervinieron a favor de esta propuesta, pero al final se impuso la que presentó el constituyente Ricardo Combellas, la cual estaba animada, como el mismo lo expresó,

por el principio de igualdad entre los ciudadanos y por el deseo de limitar la inmunidad parlamentaria a lo que la doctrina española denomina “fuero procesal”, es decir, al enjuiciamiento del parlamentario por el tribunal o tribunales de mayor nivel; el “fuero procesal” excluye la participación del cuerpo legislativo o las medidas de suspensión del enjuiciamiento. Dicho propuesta consistía en eliminar el allanamiento legislativo y que la inmunidad parlamentaria se limitara a un juicio seguido ante el Máximo Tribunal de la República, al modo en que regula esta institución el artículo 186 de la Constitución Política de Colombia. De esa forma se limitaban las prerrogativas parlamentarias sobre la base del principio de igualdad, y se aseguraba que un órgano judicial de máximo nivel velara por la seriedad del proceso a un parlamentario. El texto del artículo aprobado en primera discusión fue el siguiente:

“De los delitos que cometan los miembros de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito *infraganti* cometido por un parlamentario, la autoridad competente la pondrá (sic) bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia”.

Sin embargo, de manera inadvertida fue aprobada en la sesión del 5 de noviembre de ese año la propuesta de artículo 301 (correspondiente al actual artículo 266 constitucional), en cuyo numeral 3 se autoriza al Tribunal Supremo de Justicia a declarar si hay mérito o no para el enjuiciamiento de los miembros de la Asamblea Nacional, entre otras autoridades; lo que supone que la Asamblea conservaba la potestad de pronunciarse sobre el allanamiento de sus miembros, lo cual entraba en contradicción con la intención de la propuesta del artículo 219 anteriormente transcrito, el cual eliminaba dicha potestad.

En la segunda discusión del proyecto de Constitución, quizá con el ánimo de conciliar ambas normas, fue aprobada una nueva propuesta que modificaba el artículo 219. A la aprobada en primera discusión se le agregó un primer párrafo en el que se establece el lapso desde el cual comenzaría a gozar de inmunidad el parlamentario, y, luego se intercala la frase “previa autorización de la Asamblea Nacional”, es decir, se retoma la figura de la inmunidad con participación de la Asamblea Nacional.

En todo caso, lo que quiere destacar la Sala es que el núcleo de la redacción aprobada en primera discusión se mantuvo; es decir, la redacción que limitaba los efectos de la inmunidad parlamentaria a que se siguiese un procedimiento especial ante el Máximo Tribunal de la República, sobre la base del principio constitucional de igualdad de trato para todos los ciudadanos.

Otra señal del cambio de tratamiento que recibió esta prerrogativa, y que revela la intención del constituyente de hacerla compatible con otras disposiciones de la propia Constitución, fue que el primer párrafo del texto aprobado en segunda discusión difiere del propuesto originalmente para que se discutiera en la primera revisión. El primero comenzaba diciendo lo siguiente:

“Los miembros de la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo y, en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario ni coartados en el ejercicio de sus funciones” (subrayado de la Sala).

El aprobado en segunda discusión quedó redactado de la siguiente forma:

“Los miembros de la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo.”

Repárese en la ubicación de la expresión “ejercicio de sus funciones” en ambos textos. En la primera versión, la cual es similar a la norma contenida en el artículo 143 de la Constitución de 1961, tal como se advirtió anteriormente, la expresión no caracteriza la inmunidad, sino que se refiere a uno de los supuestos respecto de los cuales la inmunidad podía operar. En cambio, el que la inmunidad sólo procede durante el ejercicio de las funciones del parlamentario, es decir, que la inmunidad parlamentaria se aplica sólo en los casos en que se impida el buen funcionamiento del parlamento, luce evidente en la redacción de la propuesta aprobada en segunda discusión, la cual pasó a formar parte del artículo 200 de la Carta Magna vigente. Esto demuestra que la concepción de la inmunidad que la considera una garantía del buen funcionamiento de la Asamblea Legislativa, en vez de ser una garantía de la libertad del parlamentario, pesó firmemente en la concepción de los proponentes de las versiones que en definitiva fueron aprobadas.

La concepción de la que se viene hablando implica que la libertad del parlamentario sería un medio para alcanzar un fin. El fin es evitar que se vea afectada la composición del órgano o la formación de la voluntad legislativa por actos arbitrarios e inesperados.

En conclusión, considera la Sala que los cambios sufridos por el texto original propuesto ante la Asamblea Nacional Constituyente, en el sentido de centrar la naturaleza de la inmunidad en la protección del ejercicio de las funciones encomendadas a los parlamentarios (evidente en la frase *“los diputados o diputadas... gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones”*), así como la atribución al Tribunal Supremo de Justicia, con carácter privativo, de la potestad de enjuiciar a los parlamentarios, demuestran que la intención del constituyente fue restringir la inmunidad parlamentaria a aquéllos casos en los cuales su labor se viese amenazada por decisiones premeditadas y orientadas a perjudicar la composición del órgano y la toma de decisiones.

Esta conclusión coincide con la que se desprendió del análisis sistemático-lingüístico y sistemático-funcional realizado tomando en cuenta el tratamiento que a la inmunidad le han dispensado nuestras constituciones. En fin, puede afirmarse que nuestros recientes constituyentistas estaban conscientes de la necesidad de implantar una “inmunidad contra el arresto”, y de rechazar una “inmunidad contra el proceso”, pero con un ingrediente adicional: el respeto a la igualdad ante la ley y a otros derechos estimables, como el de la tutela judicial. De todo esto habría surgido un modelo de “inmunidad contra el arresto premeditado” al mismo tiempo respetuoso de las funciones del parlamento y de las demás garantías consagradas en la constitución, particularmente de la igualdad y de la tutela judicial.

3. Pero, también hay que advertir, contra lo que podría pensarse es una posible tendencia nacional, y en tal medida, a contracorriente con el modo en que se ha concebido la institución en otros países, que la inmunidad parlamentaria, en los términos planteados por los solicitantes (inmunidad contra el proceso) o en relación con el tratamiento que ha recibido hasta el momento (inmunidad contra el arresto), ha sido abandonada en constituciones recientes, como lo muestra la Constitución Política de Colombia (la cual la limita al llamado “fuero procesal”); criticada acerbamente por la doctrina de los países cuyo tratamiento deriva del modelo francés (del cual el nuestro también es tributario); jamás adoptada en los países que siguen el modelo inglés (también

llamado “sistema de Westminster”); y desaconsejada con firmeza por instituciones internacionales como la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, en su Asamblea Parlamentaria, o por organizaciones de legisladores como la Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción.

3.1. La Constitución Política de Colombia de 1886, establecía en su artículo 107, lo siguiente:

“Cuarenta días antes de principiar las sesiones y durante ellas, ningún miembro del Congreso podrá ser llamado a juicio civil o criminal sin permiso de la Cámara a que pertenezca. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la Cámara respectiva”.

La Constitución actual, la cual derogó la Constitución de 1886, establece, por el contrario, lo siguiente:

“De los delitos que cometan los congresistas conocerán como investigador y acusador la Fiscalía General de la Nación previa petición de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de conformidad con la ley, a través del señor Fiscal General o su delegado ante la Corte, y como juzgador en primera instancia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y en segunda instancia la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.”

Repárese en que ha desaparecido de la redacción de dicho artículo toda marca, todo rasgo del modelo de “inmunidad contra el proceso”, cual es, como se ha dicho varias veces, un tipo de inmunidad parlamentaria absoluto, que incluye, por supuesto, al tipo de inmunidad que prohíbe también la detención del miembro del cuerpo legislativo. ¿Qué ha sobrevivido al modelo de “inmunidad contra el proceso” en la Constitución colombiana? Prácticamente nada. En vez de ello, se acoge el denominado doctrinalmente “fuero procesal”, esto es, el trámite a doble instancia ante la Corte Suprema de Justicia, en donde se cumple una primera instancia en la Sala Penal y, una segunda, ante la Sala Plena, y eso es todo. Y ello es así por lo que ha estado justificando esta Sala, porque no se trata de un “derecho del parlamentario”, es un procedimiento especial puesto al servicio del normal funcionamiento de la asamblea, a fin de impedir que acciones conscientes e intencionadas la desarticulen o impidan la formación de la voluntad colectiva de sus miembros.

Cuando se critica posturas como la asumida por el constituyente colombiano, se olvida que el rasgo fundamental de la inmunidad parlamentaria consiste en ser un instrumento procesal para evitar que un acto premeditado, con una clara intención política, obstaculice al Parlamento en la emisión de los actos y en la discusión que debe precederles. Es decir, la inmunidad sólo opera, en los países que aun la prevén, y según doctrina, “cuando en la detención o en la solicitud de procesamiento se vislumbra una *fumus persecutionis* por parte del poder político”, tal como lo resaltan los catedráticos españoles de Derecho Constitucional Jorge de Esteban y Pedro J. González-Trevijano (cf.: Tratado de Derecho Constitucional, Volumen III, Madrid, 2000, pág. 445).

3.2. En lo que corresponde a la doctrina que se ha pronunciado acerca de la supervivencia de los modelos de inmunidad parlamentaria en la legislación constitucional, la misma es prácticamente unánime en su reproche acerca de tal legislación.

Los mismos autores mencionados poco antes se explayan en consideraciones acerca de la necesidad de replantear el fundamento y la justificación de dicha institución, “si es que en la actualidad tienen todavía alguno”, como inmediatamente se apuran a advertir. Para los

mencionados catedráticos, "(l)a inmunidad parlamentaria parece haber perdido la legitimidad de que disfrutó en el momento histórico de su aparición en la Francia revolucionaria", y ello en razón de que sus elementos son, para estos autores, "difícilmente conciliable(s) con los postulados de un moderno Estado democrático de derecho". Es decir, que un moderno Estado democrático de derecho, con sus garantías de igualdad, justicia, tutela judicial efectiva, derecho al debido proceso, derecho al honor, distribución de poderes, hace innecesaria una institución como esta, o, si la admite, lo hace bajo cuidadosas reservas.

Porqué luce innecesaria dicha institución, o porqué habría de interpretarse restrictivamente, pues en razón de que, siguiendo a los mismos autores, "*han desaparecido las circunstancias históricas que justificaron su aparición y consolidación a finales del siglo XVIII. Hoy en día, en un Estado de derecho, como es el que reconoce el artículo 1.1 de nuestra Constitución, ni el Jefe del Estado, ni el Gobierno realizan detenciones políticas (...)* Por ello, la inmunidad se presenta como un arcaico privilegio propio de otra época, característico, de otra parte, de la más rancia defensa corporativa de unos intereses".

Pero no sólo razones históricas son esgrimidas por quienes así se expresan, pues también apuntan que "*los Parlamentos se han caracterizado por una mala utilización, incluso por el más burdo abuso de la inmunidad...*", lo cual habría dado lugar "*a la distinción de dos clases de ciudadanos: los ciudadanos de primera clase, los parlamentarios, quienes escapan a la aplicación de la normativa general penal y procesal, y los demás ciudadanos de segunda clase, frente a los que se pretende la aplicación estricta de los principios penales sustantivos y procesales*", lo cual ha dado pie para calificar a los parlamentarios como "*«una categoría de ciudadanos en libre circulación por el Código Penal»*, rompiendo el principio de igualdad constitucional recogido en el artículo 14 de la Constitución y desconociendo la vis atractiva del Derecho común".

Por último, estiman, que si no fue posible la desaparición de la inmunidad parlamentaria, "*sí al menos es necesaria una interpretación muy restrictiva de ésta*", pues, "*(e)n un Estado de Derecho la mejor garantía de las reglas del juego democrático son los órganos judiciales, independientes, responsables...*".

Por último, citan al autor Pérez Serrano, quien afirma que "*«resulta doloroso contemplar cómo un privilegio nacido para proteger la función, durante el período parlamentario y para evitar posibles injusticias de turbio origen político, se ha convertido en privilegio personal que permite al Parlamento burlar impunemente y con agravio de la justicia el Código Penal que a todos los ciudadanos obliga.»*"

Y estos autores no son los únicos que se pronuncian con tal contundencia acerca de las desviaciones que ha sufrido dicha institución. Sin embargo, la Sala quiso citarlos extensamente para realmente justificar su postura al respecto, la cual, como quedó expuesta, predica una aplicación racional, moderna, mesurada y restrictiva de la institución. Contraria a la postura sostenida por los defensores de una inmunidad dieciochesca, surgida en un momento histórico en el cual los parlamentarios eran objeto de detenciones arbitrarias por parte del poder regio, cuando no había medios judiciales para evitarlas o corregirlas, cuando no había procedimiento alguno eficaz, ni constituciones normativas, ni conciencia democrática.

Pero ni siquiera en ese momento se quiso llegar hasta donde se pretende llegar actualmente con la presente solicitud, pues en el propio Decreto de la Asamblea Nacional francesa de 26 de junio de 1790, al tiempo que se inaugura la llamada inmunidad parlamentaria moderna,

para distinguirla de la medieval inglesa o castellana, se advierte la necesidad de que haya juzgamiento. Conviene transcribir, en beneficio de la memoria histórica, dicha norma:

“La Asamblea Nacional, reservándose el estatuir detalladamente sobre los medios constitucionales de asegurar la independencia y la libertad de los miembros del Cuerpo legislativo, declara que, hasta el establecimiento de la Ley sobre los Jurados en Materia Criminal, los diputados de la Asamblea Nacional pueden, en el caso de flagrante delito, ser detenidos conforme a las ordenanzas. Que se puede, incluso, exceptuados los casos indicados por el Decreto de 23 de junio, recibir declaraciones, hacer informaciones contra ellos, pero no pueden ser procesados por ningún juez antes que el Cuerpo legislativo, a la vista de las piezas de convicción, haya decidido que hay lugar a la acusación.”

Obsérvese que dicha disposición no exige a los parlamentarios de ser enjuiciados, sólo lo condiciona al “*establecimiento de la Ley sobre los Jurados en Materia Criminal*”, en un caso, o a la autorización del “*Cuerpo legislativo*”, en otra. El sentido es claro, no existe un derecho absoluto de los parlamentarios a desplazarse libremente; la inmunidad es procesal, supone, más bien, una autorización previa o el trámite ante un tribunal debidamente constituido. Con otras palabras, “*no son derechos de los parlamentarios que éstos puedan exigir y de los que puedan disponer libremente, sino normas jurídicas que deben ser aplicadas de oficio*” (cf.: López Guerra, Luis y otros, Derecho Constitucional, Volumen II, 4ª edición, tirant lo Blanch, Valencia, pág. 71).

La inmunidad es, como afirma Pizzorusso, una “*causa temporal de improcedibilidad de la acción penal, acción que queda diferida en su efectividad hasta el momento en que se conceda la autorización parlamentaria o, en su defecto, hasta el término de la legislatura, a no ser que se produzca la reelección*”, no “*una eximente*” de responsabilidad (cf.: Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo I, CEC, Madrid, 1984, pág. 279).

Luego de citar la disposición de la Asamblea Nacional francesa transcrita anteriormente, y de realizar otras referencias históricas, el catedrático de derecho constitucional Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, comenta que “(con la inmunidad) *no se trata de proteger a la persona del representante de las eventuales venganzas o represalias por sus particulares acciones, sino de proteger la composición de las Cámaras surgida de la voluntad popular, impidiendo que sea arbitrariamente alterada.*” (subrayado de esta Sala) (cf.: “*Del intento de ampliar el ámbito material de la inmunidad parlamentaria a determinados procedimientos civiles*”, Revista Española de Derecho Constitucional núm. 12, Año 1984, pág. 15).

Es eso lo que trata de evitarse con la inmunidad, la *arbitraria alteración* de la Cámara. Es por eso que no se comprende que la inmunidad se aplique o se quiera aplicar a los efectos de un proceso abierto con respecto a hechos presuntamente acaecidos con anterioridad a la proclamación del interesado. Por ello Javier Pérez Royo puntualiza, por los dudas que esta institución genera en algunos, que la inmunidad parlamentaria prevista en el artículo 71.2 de la Constitución española, según la cual “*sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito*”, y “*No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva*”, que la misma

“...se concreta en la *concesión del suplicatorio*, esto es, en la garantía de que es la Cámara a la que el parlamentario pertenece la que tiene que conceder la autorización para que el parlamentario pueda ser procesado.” (cf.: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, 2000, pág. 779).

Es decir, sólo en eso consiste, en una autorización para el enjuiciamiento, no es un derecho de libertad que privilegia a ciertos funcionarios según el órgano al cual pertenezcan.

Dicho autor no termina su reseña sin observar que *“el sentido de esta institución y su justificación en el Estado democrático de nuestros días es discutible y discutida, en la medida en que no se entiende muy bien que nadie, ni siquiera un parlamentario, tenga que ser protegido frente al poder judicial...”*. Es decir, ante las garantías procesales que las constituciones modernas consagran, cómo se justifica, se pregunta este autor, que pervivan instituciones que evitan la aplicación de tales garantías (cf.: obra citada, pág. 779).

Ya para concluir estas reseñas doctrinales, quisiera la Sala citar, para corregir las opiniones según las cuales, en primer lugar, la inmunidad parlamentaria no suscita mayores dudas; en segundo lugar, habría un acuerdo unánime acerca de sus efectos, o, por último, la formulación de una interpretación distinta a la que comúnmente se tiene de ella en nuestro medio escondería lo más un intento de tergiversación o desnaturalización de su esencia, las siguientes opiniones.

Pizzorusso, al referirse a la Constitución italiana afirma que *“ciertos aspectos del régimen de estas garantías las hacen aparecer como obsoletas e inadecuadas para la consecución de sus fines, lo que ha provocado discusiones acerca del ámbito de aplicación de la inviolabilidad por votos y opiniones (...) y a propósito, también, de la constitucionalidad de la regulación actual de la autorización para proceder...”* (cf.: obra citada, pag. 279).

Alzaga, con referencia a la posibilidad de aplicar la inmunidad a los casos suscitados con anterioridad a la elección del legislador, dice que *“en torno a esta cuestión se suscitan problemas de más fondo, como el de si la investidura parlamentaria cubre con el manto de la inmunidad a quien presuntamente ha cometido un delito con anterioridad a la elección, que es materia no precisamente baladí, porque en la misma entran en colisión el principio de independencia del Parlamento frente a los restantes poderes, con el viejo principio penal, que forma parte del acervo de todo Estado de Derecho de nullum crimen sine poena”* (cf.: La Constitución española de 1978 (comentario sistemático), Ediciones del Foro, Madrid, 1978, págs. 495-496).

Y Ana Aba Catoira, refiriéndose a la circunstancia de que un parlamentario pretenda que se aplique el privilegio procesal a hechos acaecidos antes de su elección, comenta lo que *“...resulta difícil aportar una justificación convincente a la aplicación de estas inmunidades, sobre todo en lo que respecta a la inmunidad en sentido estricto, por su fuerte incidencia restrictiva en derechos de terceros no parlamentarios que se encuentran en franca desigualdad frente a los cargos públicos y, por tanto, absolutamente desprotegidos”*. Pág. 119.

Pues, si la inmunidad trata de *“evitar que móviles extraños al derecho, propios de la venganza o intriga política, pudieran alterar la normal composición de las Asambleas, es evidente que dicho peligro resulta inexistente cuando el inicio de las acciones judiciales tiene lugar con anterioridad al “mandato”* (citando a Fernández-Viagas).

Por último, propone que *“una solución constitucional, proporcional y ajustada a las exigencias del caso, consistirá en mantener la situación procesal en que se encuentra un diputado antes de su proclamación. De esta forma se evitaría que las prerrogativas se desnaturalizaran, pues, según el Tribunal Constitucional, las prerrogativas no pueden ser un mecanismo para asegurar la impunidad personal del parlamentario individual, sino una institución de proyección eminentemente funcional, destinada a garantizar que el representante electo no sea objeto de persecuciones legales por razones que puedan responder a una motivación política.”* (cf.: La limitación de los derechos

fundamentales por razón del sujeto (los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos), Tecnos, Madrid, 2001, págs. 146-148).

3.3. Con el objeto de adecentar la labor de los parlamentos, la Asamblea Parlamentaria de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, en una de las Resoluciones dictadas en el marco de su Décima Quinta Sesión Anual, urgió a sus estados miembros para que legislaran en el sentido de que la inmunidad parlamentaria no fuese aplicada respecto a aquellas acciones que podrían calificarse como delictivas cometidas antes de que el legislador asumiera sus funciones.

La Organización Mundial de Parlamentarios contra la Corrupción, en su Segunda Conferencia Mundial, llevada a cabo en 2006, instó a los parlamentarios miembros de dicha institución a proponer reformas en las legislaciones de sus países en el sentido de que:

“...el privilegio de la inmunidad parlamentaria no debe aplicarse a las medidas tomadas por un particular antes de haber asumido el cargo o las medidas tomadas después de haberse retirado del cargo público.”

Es esta una señal muy clara de la justeza del planteamiento de fondo que hace la Sala en esta decisión.

4.- Así, pues, la doctrina más calificada en esta materia ha considerado definitivamente que la inmunidad parlamentaria no constituye un privilegio, y se pronuncian más bien por considerarla una prerrogativa o un beneficio.

Sin embargo, también han advertido que la aplicación de dichas normas sin atender a los derechos y principios presentes en la Constitución, como lo serían el derecho al honor, el derecho de igualdad y la tutela judicial efectiva, citados anteriormente, puede conducir al absurdo de interpretar la antedicha prerrogativa de un modo que tal que se pase de la inmunidad a la impunidad. Es decir, si no se estudian con detenimiento sus efectos, podría entenderse la inmunidad parlamentaria como una ausencia de sanción a los delitos cometidos por los parlamentarios, todo ello en detrimento de la protección del interés general, el cual quedaría desguarnecido. La impunidad, como se sabe, degrada indudablemente la participación política y la propia democracia, porque como dice Adolfo Esquivel: “*La democracia no se puede construir sobre la impunidad*”.

La llamada “cultura de la legalidad” no podría estar por encima de la confianza en las instituciones que los ciudadanos tienen derecho a disfrutar. Una situación claramente contraria a la formación de una confianza tal, sería aquella según la cual un parlamentario recién electo esté siendo investigado por delitos que causen temor funesto en la población y que presuntamente fueron cometidos antes de adquirir su investidura de diputado, y que como resultado de tal elección disfrute de los beneficios procesales asociados a la inmunidad parlamentaria prevista en el artículo 200 de nuestra Constitución. Es decir, que disfrute de la prohibición de que se le detenga, o que sólo continúe su enjuiciamiento si la Asamblea Nacional allana su inmunidad. Un caso tal constituiría un despropósito incompatible con los valores de justicia y legalidad ínsitos en el Estado democrático de Derecho y de Justicia que preconiza nuestra Constitución. En síntesis, se impondría de tal modo “la moralidad de la criminalidad”, o, como dice Mattarollo, “el desprecio a la ley”. A mayor abundamiento, un disparo mortal en contra de la ética pública y privada.

Partiendo, pues, de la convicción de que no deben interpretarse las disposiciones jurídicas en un sentido que las convierta en “leyes borradores” de las investigaciones respecto a presuntos

delitos; o que las convierta en un elemento propiciador de una criminalidad de élites o minorías seleccionadas en detrimento de la igualdad y de la tutela judicial efectiva, que puedan constituir en otros países y legislaciones refugio para la impunidad, como se dijo anteriormente, es preciso ratificar que la inmunidad parlamentaria no debe extenderse a los efectos ni a los actos que se dicten en el marco de una investigación o juicio relacionado con hechos presuntamente constitutivos de delitos, cometidos fuera del tiempo de la investidura parlamentaria y del ejercicio de funciones legislativas por parte de diputados electos a la Asamblea Nacional.

Es incontrovertible que cuando se sustrae a una persona de la persecución penal, se violenta el derecho fundamental de la justicia; y algunas veces esto se ha logrado mediante el uso de la inmunidad parlamentaria. Cuando el parlamentario pretende sustraerse a la persecución penal por pesar sobre él una investigación respecto de hechos que podrían constituir delitos y que fueron cometidos, no en ejercicio de sus funciones legislativas, sino cuando aún no se ostentaba la condición de parlamentario o cuando se estaba en camino de obtener tal condición.

Como afirma la doctrina, *“no es comprensible bajo ninguna óptica que el ostentar una Función Pública pueda dar lugar a la violación de un derecho fundamental como lo es la justicia”*. Al mismo tiempo afirman que la prerrogativa en que consiste la inmunidad no puede ser aplicada en un sentido tal que degenera la finalidad que persigue, al punto que resulte desnaturalizada, convirtiéndola en un mero instrumento de prácticas corruptas, además de socialmente condenables.

La inmunidad parlamentaria protege directamente la función legislativa, e indirectamente a la persona del diputado, que se beneficia de ella; pero sólo en la medida en que tal beneficio consiste en una prerrogativa procesal, que nada tiene que ver con la autoría o la responsabilidad de los delitos, visto que tal calificación corresponde a los órganos jurisdiccionales. Por eso el autor Burgoa Orihuela sostiene que el *“funcionario con fuero de no procesabilidad sólo goza de él cuando desempeña el cargo respectivo...”*, y luego agrega: *“Es evidente que de dicho fuero gozan los aludidos funcionarios cuando cometan los expresados delitos durante el tiempo de su encargo, pero no en el caso de que no lo estén desempeñando... y si es antes de ser electo debe ser desaforado”*. Esto es así porque el fuero no es un privilegio sino una prerrogativa de orden público.

Es decir, hay prerrogativa en tanto se ejerza la función. Por consecuencia, cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal, y debe el diputado electo seguir sometido al proceso ya iniciado. Incluso, algunos autores sostienen que si el hecho que presuntamente tiene carácter de delito se comete en los pasillos de la Asamblea o el Congreso (en el caso de la inviolabilidad parlamentaria), el parlamentario puede ser desaforado porque en el supuesto de receso no se está cumpliendo con el encargo legislativo.

Por eso, en los supuestos en los cuales los presuntos hechos punibles no hubiesen sido cometidos durante el ejercicio de funciones legislativas, no deben aplicarse las normas relativas a la inmunidad parlamentaria. Así se establece.

5.- Por tales razones, además de las planteadas en los primeros puntos de esta parte de la decisión, el juicio que en contra del ciudadano Richar José Blanco Cabrera está en curso, debe seguir su trámite respectivo ante el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, pues la intención del constituyente que redactó el actual artículo 200 de la Constitución fue la de establecer con mayor precisión un modelo de inmunidad parlamentaria respetuoso del

principio de igualdad y de los demás derechos y garantías constitucionales, particularmente del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dicho modelo exige, pues, que las denuncias contra los parlamentarios sean tramitadas por el Tribunal Supremo de Justicia, pero sólo aquellas que pudiesen perjudicar el buen funcionamiento de la Asamblea Nacional. Y, tal como se ha dicho ya, sólo aquellas decisiones dictadas durante el ejercicio de las funciones parlamentarias podrían tener la capacidad para lograr tal beneficio.

Visto, pues, que el proceso en el cual fue dictada la decisión que pretenden los solicitantes se revoque se inició con anterioridad a la elección y proclamación como Diputado del ciudadano Richar José Blanco Cabrera, sobre dicho proceso no recaen los efectos de la inmunidad parlamentaria prevista en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se establece.

VI

DECISIÓN

Por las razones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

PRIMERO: Que es COMPETENTE para conocer de la solicitud que los defensores del ciudadano Richar José Blanco Cabrera, titular de la cédula de identidad núm. 7.660.035, incoaron ante el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y remitida a este Supremo Tribunal.

SEGUNDO: Que, con respecto al juicio que se le sigue al mencionado ciudadano Richar José Blanco Cabrera, en virtud de que dicho proceso fue iniciado antes de su elección y posterior proclamación como Diputado a la Asamblea Nacional, se ordena devolver el expediente al tribunal remitente, ante el cual continuará el juicio respectivo.

Publíquese, regístrese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas a los veintiséis días del mes de octubre de dos mil diez (2010). Años 200^o de la Independencia y 151^o de la Federación.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente, El Segundo Vicepresidente,

OMAR ALFREDO MORA DÍAZ LUIS ALFREDO SUCRE CUBA

Los Directores,

EVELYN MARRERO ORTIZ

YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA ELADIO RAMÓN APONTE APONTE

Los Magistrados,

FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ YOLANDA JAIMES GUERRERO

Ponente

LUIS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

DEYANIRA NIEVES BASTIDAS JUAN RAFAEL PERDOMO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ LEVIS IGNACIO ZERPA

HADEL MOSTAFÁ PAOLINI ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

ALFONSO VALBUENA CORDERO EMIRO GARCÍA ROSAS

RAFAEL ARÍSTIDES RENGIFO CAMACARO FERNANDO RAMÓN VEGAS TORREALBA

JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ

HÉCTOR CORONADO FLORES LUIS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN MIRIAM DEL VALLE MORANDY MIJARES

ARCADIO DELGADO ROSALES

La Secretaria,

OLGA M. DOS SANTOS P.

FACL/

EXPEDIENTE AA10-L-2010-000210

En veintiséis (26) de octubre de dos mil diez (2010), siendo las dos y cinco minutos de la tarde (2:05 p.m.), fue aprobada la decisión que antecede, anunciando votos salvados los Magistrados doctores Antonio Ramírez Jiménez, Pedro Rafael Rondón Haaz y Alfonso Valbuena Cordero. No aparece suscrita por la Magistrada doctora Blanca Rosa Mármol de León, ni por el Magistrado doctor Rafael Arístides Rengifo Camacaro, quienes no asistieron a la sesión por motivos justificados. Se deja constancia que por razones justificadas imprevistas se retiró de la sesión el Magistrado doctor Luis Martínez Hernández, por tanto carece de su firma.

La Secretaria,

VOTO SALVADO

El Magistrado Antonio Ramírez Jiménez se permite manifestar su disentimiento del fallo que antecede, por lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los términos siguientes:

La doctrina jurisprudencial pacífica de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido la de que a ella corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima de la Constitución, de conformidad con el artículo 335 de la misma. En fallo N° 1077 de fecha 22/09/2000, Expediente 1289; dicha Sala expresamente señaló: “A esta Sala corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima y última de la Constitución...”. Y agregó: “En consecuencia, se hace imprescindible que la Sala Constitucional asuma plenamente esta competencia para asegurar la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución..”

El anterior criterio ha sido reiterado y conteste, conforme a lo cual deben señalarse, entre otras, las decisiones siguientes: N° 1415 de fecha 22/11/2000, Expediente N° 001725; N° 601 de fecha 09/04/2007, Expediente N° 07-0172; N° 637 de fecha 22/06/2010, Expediente N° 10-0301. En todas ellas, con una importante amplitud de razonamientos, se ha sostenido la opinión referida. En el presente caso, del ciudadano Richar José Blanco Cabrera, electo diputado a la Asamblea Nacional en comicios celebrados el pasado 26 de septiembre del presente año, el aspecto central de la decisión dictada por la mayoría sentenciadora, lo constituye la interpretación y análisis del artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicho artículo es del tenor siguiente:

“Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.”

La norma constitucional anteriormente transcrita, dispone, por una parte, lo referente a los presuntos delitos cometidos por los o las integrantes de la Asamblea, (por la vía del antejuicio de mérito, según lo pautado en el artículo 266 eiusdem), para lo cual, la Sala Plena tiene expresamente atribuida la competencia, y, además, instituye los elementos para la inmunidad de los parlamentarios y parlamentarias de la Asamblea Nacional, y sobre esto se pronuncia la mayoría que decide, para determinar el concepto de inmunidad y el cumplimiento de los requisitos previstos para el goce de la misma, según la expresión textual de dicha norma: “en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo.” Por esta consideración, respetando en todo caso el criterio de la mayoría sentenciadora, y sin que el presente voto salvado incida sobre el fondo del asunto, el suscrito se permite expresar que la competencia para la debida interpretación y análisis del artículo 200 citado, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual debió la Sala Plena de este Alto Tribunal declinar su competencia.

Queda así expuesto el presente voto salvado.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente, El Segundo Vicepresidente,

OMAR ALFREDO MORA DÍAZ LUIS ALFREDO SUCRE CUBA

Los Directores,

EVELYN MARRERO ORTIZ YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA

ELADIO RAMÓN APONTE APONTE

FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ YOLANDA JAIMES GUERRERO

LUIS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

DEYANIRA NIEVES BASTIDAS JUAN RAFAEL PERDOMO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ LEVIS IGNACIO ZERPA

HADEL MOSTAFÁ PAOLINI ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

Magistrado Disidente

CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

ALFONSO VALBUENA CORDERO EMIRO GARCÍA ROSAS

RAFAEL ARÍSTIDES RENGIFO CAMACARO FERNANDO RAMÓN VEGAS T.

JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN LUÍS ANTONIO ORTÍZ HERNÁNDEZ

HÉCTOR CORONADO FLORES LUÍS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN MIRIAM DEL VALLE MORANDY MIJARES

ARCADIO DELGADO ROSALES

La Secretaria,

OLGA M. DOS SANTOS P.

VOTO SALVADO

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disentimiento respecto de la motivación del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto concurrente en los siguientes términos:

Punto previo. El Magistrado que concurre deja constancia de su rechazo a la forma como se vio conminado al estudio y votación de la ponencia que, después de su aprobación, se convirtió en la sentencia de autos, la cual recibieron los miembros de esta Sala Plena, junto con otras tres, el mismo día de la sesión que se fijó para su discusión, en forma violatoria al Reglamento Interno de este Alto Tribunal que, al respecto, dispone:

Obligación del Ponente de informar

Artículo 55. El Ponente debe informar en su proyecto a los demás Magistrados y Magistradas de la Sala Plena acerca de los aspectos fácticos y jurídicos que suscite el estudio del asunto, proponer soluciones a los mismos y someter oportunamente a la consideración de aquellos un proyecto de decisión.

Carácter definitivo del proyecto de decisión

Artículo 56. Una vez que se haya distribuido el correspondiente proyecto de decisión entre los Magistrados y Magistradas, no serán considerados por el Ponente nuevos escritos relacionados con el caso, objeto de la ponencia, que fueren presentados por las partes, salvo que el ponente lo estime imprescindible para una necesaria reforma del proyecto.

En tal caso, deberá comunicar a los demás Magistrados y Magistradas de la Sala Plena sobre la necesidad de modificar el proyecto de decisión, solicitar la devolución del mismo para realizar las modificaciones que considere convenientes y proceder a distribuirlo nuevamente en forma definitiva en un plazo breve.

Observaciones a los proyectos

Artículo 57. Los Magistrados y Magistradas de la Sala Plena deberán formular las observaciones al proyecto de decisión, debidamente fundadas, o manifestar su conformidad con el contenido de la misma **dentro de los cinco días hábiles siguientes.**

En caso de que se formule alguna observación, el Ponente deberá realizar los cambios que considere pertinentes o, en todo caso, argumentar su desacuerdo dentro de los tres días hábiles siguientes.

Confidencialidad de los proyectos

Artículo 58. Los Magistrados y Magistradas de la Sala Plena procurarán que sus proyectos tengan carácter confidencial. A tal efecto deberán entregarlos personalmente al Secretario o Secretaria de la Sala Plena quien ordenará su distribución.

Entrega de los proyectos

Artículo 59. El Presidente o Presidenta de la Sala Plena entregará, en cada sesión ordinaria, a los Magistrados y Magistradas de la misma, las ponencias que serán discutidas y votadas en la sesión ordinaria siguiente (Subrayado y destacado añadidos).

1. Quien suscribe estima que la Sala Constitucional actuó conforme a derecho cuando ordenó la remisión del expediente al Juez Vigésimo Tercero del Tribunal de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, para la continuación de la causa penal que se le sigue al ciudadano Richar José Blanco Cabrera.

2. Ahora bien, se advierte previamente que, luego de un enjundioso análisis histórico constitucional, la Sala concluyó que la inmunidad parlamentaria que preceptúa el artículo 200 de la Constitución no era de aplicación retroactiva, esto es, a cualesquiera de los procesos penales a los cuales debiera ser sometido un Diputado a la Asamblea Nacional, por razón de delitos que hubieran sido cometidos por éste previamente a su elección como tal. No obstante, tan elemental conclusión a la cual arribó la mayoría decisora, está referida a un particular sobre el cual no hay mayor contención; vale decir, la inmunidad parlamentaria no es extensible respecto al juzgamiento por los delitos que hubieren sido cometidos por el Diputado antes de que sea investido como tal; eso sin perjuicio de lo que se afirmará *infra* respecto al proceso por los delitos que hayan sido cometidos en tiempo anterior a la elección del diputado.

En cambio, el aspecto crucial de la pretensión estuvo precisado en los siguientes términos de los defensores del procesado hoy Diputado electo, según la relación de la misma que contiene el acto de juzgamiento contra el cual se expide el presente voto:

En el escrito presentado por los defensores del ciudadano Richar José Blanco Cabrera, se afirmó lo siguiente:

Que el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que los Diputados a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones, desde su proclamación y hasta la conclusión de su mandato o hasta la renuncia del mismo.

Que, como Diputado a la Asamblea Nacional, el mencionado ciudadano tiene la obligación de cumplir sus deberes a dedicación exclusiva y a mantener un vínculo permanente con sus electores. Que debe, además, tener la posibilidad de desplazarse dentro y fuera del territorio nacional. Que no puede estar sometido a ninguna medida de coerción personal que restrinja sus libertades; y que, por último, tiene derecho a manifestar libremente y a declarar públicamente a través de cualquier medio de comunicación.

Afirman que el 6 de abril de este mismo año, el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas le otorgó al referido ciudadano, con arreglo en los numerales 3, 4, 5 y 9 del Código Orgánico Procesal Penal, medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad.

Argumentan que para enjuiciar a los Diputados a la Asamblea Nacional debe seguirse el procedimiento previsto en el Título IV del Libro Tercero del Código Orgánico Procesal Penal. Por lo tanto, el mencionado ciudadano no puede estar sometido a medidas de coerción personal y, en consecuencia, las medidas anteriormente referidas deben ser, conforme a lo establecido en el artículo 264 del mencionado código, revocadas.

Como puede extraerse de la reproducción textual que antecede, la pretensión del precitado parlamentario nacional electo, Richar José Blanco Cabrera, se concretó a la revocatoria de las medidas cautelares de coerción personal a las cuales se encuentra sometido por decisión del Juez que conoce la causa penal que se le sigue; no, como sostuvo la Sala, que los representantes judiciales del ciudadano Richar José Blanco Cabrera, hubieran alegado que *“del hecho de que su defendido fue electo Diputado a la Asamblea Nacional se sigue la suspensión del juicio que contra dicho ciudadano lleva adelante el Poder Judicial”*. Como consecuencia de ello, la respuesta pertinente y adecuada que el Tribunal competente –que no lo es esta Sala- debió proveer tenía que ser su pronunciamiento sobre la conformidad jurídica de la vigencia actual de las predichas cautelas; no sobre la continuidad o no del proceso penal que ya se encontraba en curso al tiempo de la elección y proclamación del precitado diputado, porque no fue ése el planteamiento de dicha parte, según acaba de ser explicado. Así las cosas, la Sala Plena ha debido limitarse a la remisión del expediente al tribunal de la justicia penal ordinaria competente para que proveyese acerca de la solicitud de revocatoria que se fundamentó en el artículo 264 del Código Orgánico Procesal Penal.

3. Ahora bien, como quiera que la Sala sentenció su competencia material para *“conocer de la solicitud que los defensores del ciudadano Richar Blanco Cabrera (...), incoaron ante el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en Funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas”*, con lo cual se inmiscuyó en la labor

del juez cuya competencia para la tramitación del proceso penal, sin embargo, reconoció, quien suscribe estima que es su deber la expresión de las siguientes valoraciones respecto de cuestiones sustanciales.

3.1 En tal orden de ideas, debe recordarse que el proceso penal debe ser tramitado, como regla general, en situación de libertad personal plena del procesado, y sólo como excepción, en condición de restricción a dicho derecho fundamental y, en el caso más extremo, en la de privación del mismo, cuando dicha restricción o privación sean esenciales para el aseguramiento de las finalidades del proceso.

Se concluye, entonces, que ni la restricción ni la privación de la libertad personal son consecuencias necesarias del procesamiento penal, razón por la cual nada obsta, constitucional y legalmente hablando, para que el enjuiciamiento penal en cuestión continúe su tramitación con el procesado en libertad plena –tal como pidió el antes citado Diputado electo-, sin perjuicio de que se emita sentencia firme y de que, en caso de que ésta sea condenatoria, la ejecución de la misma quede diferida hasta el cese del ejercicio de la representación popular y de la respectiva entidad federal. A buen seguro, ello constituye un contundente antídoto contra el riesgo de impunidad que, según parece, temió la mayoría de la Sala y tal como, precisamente, se afirma en la cita a Pizzorusso que fue invocada en el acto de juzgamiento del cual se discrepa.

Como es de general conocimiento, el *sub iudice* penal no se encuentra inhabilitado para el ejercicio activo y pasivo del sufragio, esto es, para elegir y para ser elegido. Por consiguiente, en el caso de que resulte electo Diputado a la Asamblea Nacional, tal resultado no es impugnabile por el mero hecho de la situación procesal del elegido, a quien, por consecuencia, han de serle garantizadas, en las mismas condiciones de plenitud que al resto de sus colegas de cámara, todas las libertades inherentes al ejercicio de su función parlamentaria. En otros términos, el acatamiento al resultado de la elección, como Diputado a la Asamblea Nacional del *sub iudice* penal y el reconocimiento, en su favor, de la inmunidad desde la fecha de su proclamación, según preceptúa el artículo 200 de la Constitución, es imperativo que deriva del deber de escrupuloso respeto a la voluntad del pueblo que, en legítimo ejercicio de su soberanía, eligió como diputado a una persona respecto de la cual debe presumirse irrefutablemente que, al momento de la manifestación de voluntad electoral, el elector se encontraba en conocimiento de la situación procesal penal de dicho candidato a la representación popular; particularmente, en el caso que se examina, en el cual dicha persona había sido, incluso, sometida a medidas cautelares de privación o restricción a su libertad personal.

La convicción de que al Diputado a la Asamblea Nacional que, al tiempo de su elección a dicho cargo, se encontraba sometido a proceso penal e, incluso, a medidas cautelares de coerción personal, deba serle reconocida la legitimidad de tal expresión de la soberanía popular y, por consiguiente, la garantía de efectiva y eficaz vigencia de todas las libertades inherentes al ejercicio de dicha función, dimana, a falta de disposición expresa, del mismo derecho fundamental a la igualdad que proclama el artículo 21 de la Constitución, de acuerdo con el cual, entonces, el ejercicio de la representación popular tiene que ser en condiciones de libertades plenas comunes a todos los representantes, con inclusión de aquéllos cuya libertad personal se encontraba sometida a medidas cautelares de coerción individual. De allí que fuera conforme a derecho la pretensión de los defensores del predicho procesado que devino Diputado, de que fueran revocadas las medidas cautelares judiciales de privación o restricción al pleno ejercicio de dicho derecho fundamental.

En este sentido, es pertinente la cita de la sentencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia n.º 2444 de 20.10.04, aplicable, *mutatis mutandi*, al impedimento que, para el

cabal ejercicio de su función pública, podrían suponer determinadas medidas cautelares en circunstancias como la del Diputado solicitante de autos:

La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objetos de referendo revocatorio. Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esas circunstancias, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.

4. Más allá del caso concreto, preocupa, a quien se aparta de la mayoría, la contradicción que se aprecia entre el veredicto que antecede y el acto jurisdiccional que este cuerpo colegiado aprobó, en la misma fecha, para la decisión de la declinatoria a la que se contrae el expediente n.º 2010-000182; contradicción que impide comprender cómo entiende la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia la inmunidad parlamentaria y, por vía de consecuencia, cuáles son los principios que deben orientar su interpretación. Obsérvese que, en la sentencia que antecede, la mayoría expresó que (pp. 16 y 23):

..., en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se perfiló un modelo de prerrogativa constitucional de orden **marcadamente procesal**. Esto es, se hace más modesto el supuesto que prohíbe el tipo de inmunidad que se ha venido denominando “inmunidad contra el arresto”, ya que no se explicitan los casos en que operaba la prohibición que era costumbre mencionar en las constituciones anteriores, tales como el arresto, confinamiento, el registro personal o domiciliario, entre otros, pues, simplemente, se advierte en su artículo 200 que el Tribunal Supremo de Justicia será la *“única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención”* /(...)

Cuando se critica posturas como la asumida por el constituyente colombiano, se olvida que el rasgo fundamental de la inmunidad parlamentaria consiste en ser un **instrumento procesal** para evitar que un acto premeditado, con una clara intención política, obstaculice al Parlamento en la emisión de los actos y en la discusión que debe precederles (Subrayado y destacado añadidos).

En cambio, el mismo día, el mismo cuerpo, con idéntica mayoría, y en el análisis de la misma disposición constitucional dejó sentado lo siguiente (p. 10):

... la vigente Carta Magna introduce en su artículo 200 un cambio cualitativo en la aplicación de esta prerrogativa [la inmunidad parlamentaria]. En efecto, la citada disposición alude al goce de la inmunidad parlamentaria *“en el ejercicio de sus funciones”*, como destacara la Sala *supra*, y más adelante refiere que los delitos son los cometidos por los integrantes de la Asamblea Nacional.

De esta forma, bajo el nuevo esquema constitucional el constituyente utilizó como criterio determinante de la protección **el sustantivo y no el adjetivo o procesal**. Es decir, la inmunidad está referida a los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones como diputado integrante y activo de la Asamblea Nacional, no a los que hubiere cometido antes de la elección y es por ello que no existe alusión alguna en el citado artículo 200 a la eventual circunstancia del arresto, detención o

confinamiento para el momento de la proclamación (Subrayado y destacado añadidos).

En opinión de la mayoría sentenciadora, ¿es la inmunidad parlamentaria una institución sustantiva o un instrumento procesal? Que se produzca tal incertidumbre desde la cúspide del Poder Judicial no puede compartirse.

5. En otro orden de ideas, se advierte que, con posterioridad al detallado estudio que dio lugar a las valoraciones que anteceden, la mayoría decisora estimó que:

Siendo, pues, que el supuesto de hecho o, lo que es lo mismo, la condición de la cual se hace depender la protección de la cual se hace depender la protección que conlleva gozar de la inmunidad parlamentaria consiste en que se detenga de forma inesperada y simulada a un parlamentario con la intención real de obstaculizar o impedir el normal funcionamiento del parlamento, y visto que las detenciones o medidas que se dicten en el transcurso de un proceso abierto con anterioridad a la elección de un diputado no se caracterizan propiamente por ser inesperadas o simuladas, no se justifica que respecto de tales decisiones o medidas se active el procedimiento en que consiste la inmunidad o que sean cubiertas por la prohibición de detención que asiste a los parlamentarios durante el ejercicio de sus funciones.

5.1 En relación con el aserto que acaba de ser reproducido se aprecia que, a través del mismo, se introdujo una inaceptable interpretación restrictiva de la inmunidad parlamentaria. En efecto, la mayoría afirmó que la garantía fundamental tiene como propósito el resguardo del parlamentario contra detenciones "*simuladas e inesperadas*". En primer término, debe recordarse que el constituyente no hizo diferencia alguna, por lo que ninguna potestad tiene el intérprete para distinguir donde el normador supremo no distinguió. Así, cualquiera que sea la naturaleza de la detención que ejecute en la persona de un diputado a la Asamblea Nacional, sin que hayan sido cumplidas las formalidades y requisitos de fondo que exige la Ley Máxima, será arbitraria y, por ende, inconstitucional, en tanto la misma encarna un menoscabo más o menos serio y, en todo caso, ilegítimo, a la libertad que debe disfrutar el parlamentario para al cabal cumplimiento con la representación popular y de la respectiva entidad federal.

5.2 Por otra parte, además de que se trata de una inconstitucional distinción, en cuanto al supuesto de detención personal que daría lugar a la activación de la garantía de la inmunidad parlamentaria –menos, de una incomprensible "*detención simulada*"–, la doctrina que se explicó a través del acto de juzgamiento que precede conduce a la necesaria -pero igualmente inaceptable- conclusión de que si no es simulada ni inesperada, la detención será entonces legítima; sin que importe, entonces, la observancia de los requisitos de fondo y forma que, para la legitimación de dicha privación de libertad, estatuye el artículo 200 de la Constitución. La afirmación de que la detención del diputado será legítima cuando no sea inesperada encuentra una franca colisión con la posibilidad que preceptúa la Constitución, de allanamiento de la inmunidad en el caso, especialmente, de delitos no flagrantes ¿No sería probablemente esperable el decreto judicial cautelar de privación de libertad personal, dentro de un procedimiento penal ordinario en el cual el imputado se encuentra notificado de la investigación que se sigue en su contra? Si cabe, entonces, que para el imputado su eventual detención no sea inesperada, en virtud de que conocería la investigación que se le sigue y la posibilidad de que, producto de la misma, el Ministerio Público solicite su sometimiento a medidas cautelares de coerción personal, tal detención, por consiguiente, no sería ilegítima, lo cual es, obvia y absolutamente inaceptable.

5.3 En realidad, la protección a la actividad del parlamentario es de naturaleza objetiva; vale decir, que la misma se extiende contra cualquier acción de interferencia, restricción o privación indebidas a la función constitucional en referencia, cuyo cumplimiento supone necesariamente que el Diputado a la Asamblea Nacional se encuentre en pleno ejercicio de su derecho fundamental a la libertad personal; ello, sin que tenga que entrarse a la dilucidación de los móviles del sujeto activo de la detención y no cabe la menor duda de que la simulación es estrictamente imputable a la esfera subjetiva de aquél.

Basta, entonces, que se actualice el hecho meramente objetivo de la detención de un diputado a la Asamblea Nacional, sin la satisfacción previa de los requisitos de excepción que preceptúa el artículo 200 de la Constitución, para que tal conducta sea calificada como arbitraria e inconstitucional y se active, de inmediato, la tutela constitucional que se expresa a través del efectivo aseguramiento de la inmunidad parlamentaria.

6. Por último, en relación con el término de vigencia de la inmunidad parlamentaria, aun cuando, se insiste, ello no constituyó el fondo de la pretensión, se aprecia que la mayoría de la Sala concluyó en que dicha garantía fundamental es eficaz sólo cuando hay efectivo ejercicio del cargo; en sus propios términos, *“cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal”*.

La verdad es que el texto constitucional, en su artículo 200, no da margen a duda alguna:

Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones **desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo**. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia (Destacado añadido).

6.1 La Exposición de Motivos del texto constitucional ratificó la vigencia de la inmunidad parlamentaria desde el momento de la proclamación del diputado; así:

Se consagra la inmunidad parlamentaria como una garantía del ejercicio autónomo de las funciones legislativas respecto de los otros poderes y como garantía para el mejor y efectivo cumplimiento de la función parlamentaria. Sin embargo, la inmunidad sólo está referida al ejercicio de las funciones parlamentarias **desde el momento de la proclamación por parte del órgano electoral competente hasta la conclusión del mandato**. Su desconocimiento por parte de los funcionarios públicos ocasiona sanciones de naturaleza penal que el legislador deberá establecer en la ley correspondiente.

En cuanto a los presuntos delitos cometidos por los diputados, conocerá el Tribunal Supremo de Justicia en forma privativa, siendo la única autoridad que, previa autorización de la Asamblea Nacional, podrá ordenar la detención o continuar el enjuiciamiento, según sea el caso. En caso de delito flagrante cometido por algún diputado, la autoridad competente pondrá a éste bajo custodia en su residencia y comunicará de manera inmediata el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

6.2 Debe recordarse, por otra parte que, en una democracia participativa como la que proclama la Constitución (Preámbulo; artículo 62), la actuación del Diputado a la Asamblea Nacional, como representante popular y de su respectiva entidad federal, obliga a dicho funcionario a una permanente interacción con sus representados, de suerte que éstos tengan la oportunidad de participación, que les garantiza nuestra Ley Máxima, en las iniciativas y discusiones legislativas que sus representantes presenten y sostengan en el Parlamento nacional; en especial, en aquéllas en las que tengan un interés legítimo directo. En este orden de ideas, se aprecia, entonces, que la inmunidad parlamentaria ampare al Diputado, en todo el período de su gestión, esto es, no sólo cuando el cuerpo deliberante se encuentre constituido, porque, como ya acaba de ser explicado, el ejercicio de las funciones del funcionario en referencia no está limitado a la asistencia a sesiones y demás actividades que deban ser cumplidas dentro de la Asamblea Nacional formalmente constituida.

6.3 Por otra parte, la estimación de que la inmunidad parlamentaria sólo es efectiva, contrariamente al texto y al espíritu de la Constitución, cuando el cuerpo deliberante se encuentre constituido lleva a la inevitable conclusión de que, por ejemplo, en los períodos de receso de la Asamblea, ésta no se encuentra constituida. Si ello es así, ¿Significa, entonces, que, en dichos períodos de receso, en los cuales, como acaba de ser dicho, dicha Asamblea no se halla, en propiedad, constituida, también se suspende la inmunidad de sus Diputados hasta la apertura del próximo período de sesiones de dicho cuerpo?

7. Con base en las valoraciones que preceden, quien suscribe concluye que, en efecto, la Sala Plena tuvo razón cuando ordenó la devolución del expediente al Juez Vigésimo Tercero del Tribunal de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en relación con el proceso penal que se sigue al ciudadano Richar José Blanco Cabrera, pero discrepa de los fundamentos o motivos que esta juzgadora invocó para dicha decisión, según se explicó *supra*.

Queda así expresado el criterio del Magistrado concurrente.

Fecha *retro*.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente, Segundo Vicepresidente,

OMAR ALFREDO MORA DÍAZ LUIS ALFREDO SUCRE CUBA

Los Directores,

EVELYN MARRERO ORTIZ

YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA ELADIO R. APONTE APONTE

Los Magistrados,

FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ YOLANDA JAIMES GUERRERO

LUIS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

DEYANIRA NIEVES BASTIDAS JUAN RAFAEL PERDOMO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ LEVIS IGNACIO ZERPA

Disidente

HADEL MOSTAFÁ PAOLINI ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

ALFONSO VALBUENA CORDERO EMIRO GARCÍA ROSAS

RAFAEL A. RENGIFO CAMACARO FERNANDO R. VEGAS TORREALBA

JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ

HÉCTOR CORONADO FLORES LUIS E. FRANCESCHI GUTIÉRREZ

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA MARCOS T. DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN MIRIAM DEL V. MORANDY MIJARES

RCADIO DELGADO ROSALES

La Secretaria,

OLGA M. DOS SANTOS P.

PRRH.sn.ar.

Exp. AA10-L-2010-000210

VOTO SALVADO

El Magistrado ALFONSO VALBUENA CORDERO, disiente de sus colegas con relación a la opinión sostenida por ellos en la sentencia que precede, opinión mayoritaria que el Magistrado disidente respeta pero no comparte, por lo cual se permite salvar su voto basándose en las razones siguientes:

I

DE LA COMPETENCIA DE ESTA SALA

En la referida decisión, la Sala Plena en sesión extraordinaria con Ponencia del Magistrado Francisco Carrasquero López, se pronunció sobre el caso del diputado electo a la Asamblea Nacional en los comicios efectuados el 26 de septiembre del presente año, ciudadano Richard José Blanco Cabrera. Al respecto, dicho fallo para resolver la declinatoria de competencia efectuada por la Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y ordenar la devolución del expediente al Tribunal remitente para la continuación del juicio respectivo, procedió, de conformidad con la solicitud de los defensores del mencionado ciudadano de revocar las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad dictada en contra de su defendido por el referido Juzgado, a interpretar literalmente la norma constitucional que refiere a la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria, todo ello a los fines de determinar la veracidad de lo afirmado por ellos y la naturaleza y alcance de los atributos o prerrogativas que

dicho cargo de elección popular trae aparejados. En efecto, hizo referencia ampliamente a lo que al respecto establecían las Constituciones de 1811, 1830, 1857, 1858, 1864, 1874, 1881, 1891, 1893, 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1945, 1947 y 1961 y posteriormente se pronunció sobre el carácter marcadamente procesal que se evidencia en la regulación que de la inmunidad parlamentaria hizo el Constituyente de 1999, expresando que sólo el Tribunal Supremo de Justicia conocerá de los procesos en los cuales se señale como presunto autor de un hecho punible a los Diputados de la Asamblea Nacional. La intención de hacer dicho resumen de la evolución del tratamiento de la inmunidad parlamentaria de las constituciones venezolanas, fue advertir las tendencias que respecto a su naturaleza y efectos reflejen las normas que la consagran, y concluye expresando la Sala que “hay prerrogativa en tanto se ejerza la función. Por consecuencia, cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal, y debe el diputado electo seguir sometido al proceso ya iniciado.”

Ahora bien, en primer lugar disiento sobre la competencia de la Sala Plena para la resolución del caso en cuestión. En efecto, el artículo 24, ordinal 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5991, de fecha 29 de julio del año 2010), le atribuye la competencia a la Sala Plena para declarar si hay o no mérito suficiente para el enjuiciamiento del Presidente de la República, o quien haga sus veces, del Vicepresidente Ejecutivo, de los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros del Poder Popular, el Procurador, Fiscal, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, Defensor Público General, los Rectores del Consejo Nacional Electoral, Gobernadores, Oficiales Generales, Almirantes efectivos y en funciones de Comando de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y de los jefes de misiones diplomáticas de la República. Asimismo señala que es competente para dirimir los conflictos de no conocer que se planteen entre Tribunales de Instancia con distintas competencias materiales, cuando no exista una Sala con competencia por la materia afín a la de ambos. Por último, expresa, sobre dicha competencia, “las demás que establezca la Constitución y las leyes”.

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en su artículo 266 las atribuciones del máximo Tribunal y especifica en su parte final que la competencia de la Sala Plena son las señaladas en los numerales 2° y 3°, referidas éstas a las que consagra la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia mencionadas supra.

En el caso sometido a revisión, la Sala Plena, para ordenar la continuación del proceso penal seguido contra el ciudadano Richard José Blanco Cabrera por el Juzgado Vigésimo Tercero de Primera Instancia en funciones de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, tuvo que interpretar el artículo 200 de la Constitución, para determinar -con base en tal interpretación- que “cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal, y debe el diputado electo seguir sometido al proceso ya iniciado”.

Ahora bien, con relación a la competencia para ser ejercida por la Sala Constitucional, el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala en su ordinal 23° “Las demás que establezcan la Constitución de la República y las leyes”. Por su parte, el artículo 266 de la Carta Magna remite a lo consagrado en el título VIII. En efecto, dispone dicho título en su artículo 335 que el alto Tribunal será el máximo y último intérprete de la Constitución. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas y demás Tribunales de la República.

Esta norma claramente le atribuye la competencia solamente a la Sala Constitucional para la interpretación de normas de rango Constitucional y así lo ha determinado dicha Sala en infinidad de decisiones, entre las que destaco, sentencias Nos. 1402 del 03-11-09 y la 1527 del 09-11-09.

Por tanto, resulta -sin lugar a dudas- que la competencia de las normas de rango constitucional, está atribuida única y exclusivamente a la Sala Constitucional y no a la Sala Plena de este máximo Tribunal, motivo por el cual debió esta última declinar su competencia en la Sala Constitucional.

Debo resaltar que independientemente que el asunto sometido a revisión, como sucedió en el caso en cuestión, tenga relación con un diputado electo para la Asamblea Nacional, no se trata de la atribución expresa contenida en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como lo es la declaratoria acerca de si hay o no méritos suficientes para el enjuiciamiento de algún integrante de la Asamblea Nacional, lo cual como precedentemente se indicó, sí es competencia de la Sala Plena de este máximo Tribunal.

Por tanto, considero que la resolución en el presente asunto, estuvo dirigida a la interpretación literal del artículo 200 de la Carta Fundamental a los efectos de verificar si dicho ciudadano goza o no de inmunidad parlamentaria, es decir, se interpretó una norma constitucional, lo cual tiene atribuida su competencia exclusivamente en la Sala Constitucional.

La exposición de motivos de la Constitución atribuye la competencia al Tribunal Supremo de Justicia en forma privativa -entiéndase en su Sala Plena- el conocimiento de los presuntos delitos cometidos por los diputados, siendo la única autoridad que, previa autorización de la Asamblea Nacional, podrá ordenar la detención o continuar el enjuiciamiento según sea el caso. Resulta claro que se refiere a los diputados en el ejercicio de sus funciones. Asimismo consagra que en el caso de delito flagrante cometido por algún diputado, la autoridad competente pondrá a éste bajo custodia en su residencia y comunicará de manera inmediata el hecho al alto Tribunal.

Por tanto, si el fallo en cuestión estableció que el ciudadano Richard José Blanco Cabrera no tiene inmunidad por no haber entrado en función, es decir, no es un diputado en el ejercicio de sus funciones, no se trata de un antejuicio de mérito, razón por la que no tenía competencia la Sala Plena para conocer del caso.

Siendo así, considero que la competencia debió corresponder a la Sala Constitucional a los efectos de la interpretación del artículo 200 Constitucional y así debió resolverlo la Sala Plena.

II

DE LA INMUNIDAD ANTICIPADA

No obstante lo señalado supra, en el supuesto de que esta Sala Plena sí tuviera competencia para interpretar normas constitucionales, quien aquí disiente quiere referirse propiamente al acto de proclamación que señala dicha norma constitucional. En efecto, el título III del Reglamento N° 7 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales en materia de Totalización, Adjudicación y Proclamación que rigió para las elecciones de diputados y diputadas para la Asamblea Nacional el pasado mes de septiembre refiere todo lo concerniente sobre el acto de proclamación (artículos 46 al 50 inclusive). Así, en líneas generales dichas normas estipulan que el

Consejo Nacional Electoral o la Junta Electoral respectiva proclamará a los candidatos o candidatas ganadores de la elección y les extenderán credenciales. Las Juntas Electorales remitirán a la Junta Nacional Electoral, entre otros, dicha proclamación, a los efectos de su publicación en Gaceta Electoral. Posteriormente, finalizado el proceso, las Juntas Electorales archivarán dichas actas tanto de Totalización, como de Adjudicación y Proclamación.

Ahora bien, la proclamación, (en este caso en específico, de un diputado que haya sido electo para la Asamblea Nacional), es un acto jurídico que emana de un órgano público, a través de la Junta Regional Electoral del estado donde resultó electo. El mismo se realiza, como protección anticipada al órgano, a los efectos de tener certeza de cuál es el candidato o candidata electo. Tal acto es impugnabile, por lo que considero que de ahí la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria establecida por la Carta Magna desde su proclamación. Es decir, cuando el artículo 200 de la Constitución expresamente señala que los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación, ello no obsta para que dicha proclamación pueda ser impugnada.

La inmunidad parlamentaria se trata de una prerrogativa autorizada por la Carta Fundamental, y como tal constituye una excepción al derecho a la igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de estos delitos. Sustrae del fuero de la justicia penal a los miembros del parlamento. Protege la seguridad de sus funciones frente a las pretensiones arbitrarias de los particulares u órganos del Poder Público.

Esa fue la intención del constituyente cuando en la exposición de motivos de la Carta Fundamental expresa que la inmunidad parlamentaria se consagró como una garantía del ejercicio autónomo de las funciones legislativas respecto de los otros poderes y como garantía para el mejor y efectivo cumplimiento de la función parlamentaria. Indica claramente que la inmunidad sólo está referida al ejercicio de las funciones parlamentarias *“desde el momento de la proclamación por parte del órgano electoral competente hasta la conclusión del mandato”*; y por último señala que su desconocimiento por parte de los funcionarios públicos ocasiona sanciones de naturaleza penal que el legislador deberá establecer en la ley correspondiente.

En todo caso si el constituyente hubiese querido que los diputados tuvieran inmunidad sólo a partir del momento en que pasaran a cumplir efectivamente sus funciones, no haría ninguna referencia al acto de proclamación; pero al hacerlo, está confiriendo una protección anticipada al órgano, pues habiendo certeza desde la proclamación, de quienes conformarán el poder legislativo, se pudieran intentar medidas judiciales en contra del diputado y así afectar la conformación de ese cuerpo.

III

DE LA SOBERANÍA POPULAR

En último lugar es importante resaltar la voluntad del pueblo que es el que ejerce y tiene la soberanía. En este sentido cabe preguntarse ¿Hasta qué punto puede una decisión judicial revocar o violar el mandato del pueblo que es el beneficiario de la soberanía?

La soberanía es el ejercicio de la voluntad general. El soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder puede ser transmitido, pero no la voluntad. La voluntad es general o no lo es. Es la parte del pueblo o solamente una parte de él. En el primer caso, esta voluntad declarada es un acto de soberanía; en el segundo, no es sino una voluntad particular.

Es un hecho notorio y comunicacional, las elecciones efectuadas el pasado 26 de septiembre en nuestro país. Por ello estimo que, siendo la soberanía uno de los elementos más representativos del Poder del Estado, y es el pueblo, quien lo detenta y ejerce por medio de los órganos destinados para tal fin, el resultado de dicha elección con relación al diputado electo en el presente caso para la Asamblea Nacional, se estaría viendo mermada con la decisión que antecede, toda vez que, dicho fallo, una vez que interpretó la norma constitucional que consagra la inmunidad parlamentaria resolvió que la misma procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario, y no desde la proclamación, lo cual conllevó a la continuación del juicio ya iniciado en el caso del ciudadano Richard José Blanco Cabrera, con un futuro incierto hasta el inicio del ejercicio de su función como parlamentario, enervando así una decisión emitida por el pueblo, en un acto de soberanía, como lo es el ejercicio del voto.

En este sentido, considero que con dicha decisión se está contrariando la voluntad del pueblo.

Ahora bien, por cuanto la mayoría sentenciadora interpretó el artículo 200 Constitucional al establecer que la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario, es que disiento del fallo in comento.

Quedan en estos términos expresadas las razones de mi *voto salvado*.

Caracas, en fecha *ut supra*.

La Presidenta,
LUIA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente, El Segundo Vicepresidente,
OMAR ALFREDO MORA DÍAZ LUIS ALFREDO SUCRE CUBA

Los Directores,
EVELYN MARRERO ORTIZ
YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA ELADIO RAMÓN APONTE APONTE

Los Magistrados,
FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ -YOLANDA JAIMES GUERRERO
LUIS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ- ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ
DEYANIRA NIEVES BASTIDAS -JUAN RAFAEL PERDOMO
PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ- LEVIS IGNACIO ZERPA
HADEL MOSTAFÁ PAOLINI - ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ
CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ
BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN
ALFONSO VALBUENA CORDERO -EMIRO GARCÍA ROSAS
RAFAEL ARÍSTIDES RENGIFO CAMACARO -FERNANDO RAMÓN VEGAS TORREALBA
JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN- LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ
HÉCTOR CORONADO FLORES -LUIS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ
CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA- MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN
CARMEN ZULETA DE MERCHÁN- MIRIAM DEL VALLE MORANDY MIJARES
ARCADIO DELGADO ROSALES

La Secretaria,
OLGA M. DOS SANTOS P.

VENEZUELA- Sentencia 4

Sentencia N° 60

Caracas, 9 de noviembre de 2010

SALA PLENA

Magistrado Ponente: FERNANDO RAMÓN VEGAS TORREALBA

Expediente N° AA10-L-2010-000203

Anexo al oficio número 3C-2526-10, de fecha 7 de octubre de 2010, proveniente del Juzgado Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, extensión Cabimas, fue recibido en esta Sala Plena el expediente contentivo de la causa seguida en ese Tribunal contra el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, titular de la cédula de identidad número 4.016.977.

En fecha 23 de octubre de 2010, se designó ponente al Magistrado Fernando Ramón Vegas Torrealba, a los fines de resolver lo que fuere conducente.

I

ANTECEDENTES

En fecha 14 de septiembre de 2009, los ciudadanos Félix Enrique Bracho Navas, titular de la cédula de identidad número 7.733.459, Alcalde del municipio Cabimas del estado Zulia, y Lisandro José Cabello, titular de la cédula de identidad número 7.963.480, Diputado a la Asamblea Nacional por los municipios Cabimas, Santa Rita y Miranda del estado Zulia, presentaron escrito por ante la Fiscalía Cuadragésima Segunda del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, denunciando al ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, por la presunta comisión de delitos tipificados en la Ley contra la Corrupción.

En fecha 30 de noviembre de 2009, la Fiscalía Cuadragésima Segunda de la Circunscripción Judicial del estado Zulia imputó al ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, antes identificado, por la presunta comisión de los delitos de malversación genérica de fondos públicos, peculado doloso, evasión de procedimientos de licitación u otros controles y concertación ilícita con contratistas. Mediante escrito presentado el día 1° de diciembre de 2009, ante la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, extensión Cabimas, el abogado Fernando Lossada Urribarri y la abogada Isis Freay Mendoza, Fiscales Principal y Auxiliar de la Fiscalía Cuadragésima Segunda del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, solicitaron la imposición de medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad, establecidas en el artículo 256, ordinales 3 y 4, del Código Orgánico Procesal Penal, consistentes en la presentación periódica ante ese Tribunal y prohibición de salida del país, contra el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, y la fijación de audiencia especial para notificar las medidas requeridas.

En la misma fecha, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, extensión Cabimas, le dio entrada a la referida solicitud y dictó prohibición de salida del país para el mencionado ciudadano, acordando la celebración de una audiencia especial para el día 16 de diciembre de 2009, a los fines de resolver la implementación de otras medidas cautelares "...y *garantizar al imputado la tutela judicial efectiva y el ejercicio de su derecho a la defensa y al debido proceso...*".

En fecha 19 de mayo de 2010, se celebró la audiencia oral especial preliminar, en la cual el mencionado Tribunal acordó mantener la medida cautelar sustitutiva a la privación judicial preventiva de libertad consistente en la prohibición de salida del país e imponer la medida de

presentación periódica ante el Tribunal cada treinta (30) días, además ordenó la prosecución de la causa por el procedimiento ordinario.

Mediante escrito presentado en fecha 5 de octubre de 2010, el ciudadano Marcos Salazar Huerta, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 5.802, actuando con el carácter de defensor del ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, solicitó la suspensión de los efectos de las medidas cautelares decretadas en la presente causa, debido a que **"...en fecha 26 de Septiembre de 2010 (...) resultó electo DIPUTADO NOMINAL PRINCIPAL A LA ASAMBLEA NACIONAL, en Elecciones Parlamentarias celebradas en dicha fecha (...). A partir de su proclamación pública como DIPUTADO, realizada en fecha 27 de Septiembre de 2010, el prenombrado PARLAMENTARIO goza de inmunidad en el ejercicio de sus funciones hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo..."** (mayúsculas y negrillas del original).

En fecha 7 de octubre de 2010, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, extensión Cabimas, se declaró incompetente para conocer y decidir la presente causa y declinó su conocimiento en esta Sala Plena, de conformidad con lo previsto en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

II DE LA DECLINATORIA DE COMPETENCIA

Mediante decisión de fecha 7 de octubre de 2010, el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, extensión Cabimas, se declaró incompetente para conocer de la presente causa con fundamento en el razonamiento siguiente:

Al respecto la Constitución Nacional establece:

Art. 137: Esta Constitución y la Ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

Art. 138: Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.

Y el citado artículo 200 de la Carta fundamental señala que los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones, a partir de su proclamación y hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo, y que el Tribunal Supremo de Justicia, conocerá en forma privativa de los presuntos delitos que cometan los integrantes de la Asamblea.

Por su parte, el Código Orgánico Procesal Penal en su artículo 381 define como altos funcionarios, a los miembros de la Asamblea Nacional, entre otros.

Ahora bien, observa este juzgador que, conforme a reiterado criterio del máximo Tribunal de la República, el juzgamiento de los altos funcionarios, compete a la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, tal como se desprende, entre otras, de la Sentencia de la Sala de Casación Penal de fecha 26-06-2001, EXP. No 01- 0006, con Ponencia de la Magistrada Blanca Rosa Mármol de León, (Caso:

MIGUEL ANGEL ROSALES APARICIO) en la cual se estableció lo siguiente:

"... Al respecto cabe señalar que en sentencia N° 1 de fecha 02 de mayo de 2000, con ponencia del ex Magistrado Carlos Escarrá Malavé, la Sala Plena de este Tribunal reconoció entre sus competencias y atribuciones, previstas en la Constitución aprobada mediante Referéndum y

publicada en fecha 30 de diciembre de 1999, “Conocer de los presuntos delitos cometidos por miembros de la Asamblea Nacional; ordenar la detención de los mismos y continuar su enjuiciamiento - previa autorización de la Asamblea Nacional”, a tenor de lo dispuesto en el Artículo 200.

Asimismo, en Sentencia N° 61 de fecha 11 de mayo de 2000, con ponencia del Magistrado Antonio García García, declaró que la novísima Constitución, en su artículo 200 le otorga el privilegio de la inmunidad a los integrantes de la Asamblea Nacional, desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo, situación que determina un antejuicio de mérito, previo al allanamiento legislativo y posterior enjuiciamiento en el caso de que se realicen acusaciones penales en su contra...”

En virtud de lo anterior, este Tribunal Tercero de Control se declara incompetente para continuar conociendo y resolver la presente causa, y declina la competencia para conocer en la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 200 de la Constitución de la República de Venezuela, en concordancia con los artículos 377 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal. Y ASI SE DECIDE.

III COMPETENCIA DE LA SALA PLENA

Corresponde a esta Sala pronunciarse en primer término, en torno a la declinatoria de competencia planteada en fecha 7 de octubre de 2010, por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, extensión Cabimas, para lo cual observa que en la presente causa penal seguida contra el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, antes identificado, por la presunta comisión de los delitos de malversación genérica de fondos públicos, peculado doloso, evasión de procedimientos de licitación u otros controles y concertación ilícita con contratistas, el ciudadano Marcos Salazar Huerta, actuando con el carácter de defensor del imputado solicitó la suspensión de los efectos de las medidas cautelares decretadas en el presente proceso, por cuanto “...en fecha **26 de Septiembre de 2010** (...) resultó electo **DIPUTADO NOMINAL PRINCIPAL A LA ASAMBLEA NACIONAL**, en Elecciones Parlamentarias celebradas en dicha fecha (...). A partir de su proclamación pública como **DIPUTADO**, realizada en fecha 27 de Septiembre de 2010, el prenombrado PARLAMENTARIO goza de inmunidad en el ejercicio de sus funciones hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo...” (mayúsculas y negrillas del original).

Al respecto se aprecia, que el artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece:

Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

...omissis...

3. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros o Ministras, del Procurador o Procuradora General, del Fiscal o la Fiscal General, del Contralor o Contralora General de la República, del Defensor o Defensora del Pueblo, los Gobernadores o Gobernadoras, oficiales, generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional y de los jefes o jefas de misiones diplomáticas de la República y, en caso afirmativo, remitir los autos al Fiscal o a la Fiscal General de la República o a quien haga sus veces, si fuere el caso; y si el delito fuere común, continuará conociendo de la causa hasta la sentencia definitiva..

...omissis...

La atribución señalada en el numeral 1 será ejercida por la Sala Constitucional; las señaladas en los numerales 2 y 3, en Sala Plena...

Asimismo, el artículo 200 *ejusdem*, dispone:

Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

Los funcionarios públicos o funcionarias públicas que violen la inmunidad de los o las integrantes de la Asamblea Nacional, incurrirán en responsabilidad penal y serán castigados o castigadas de conformidad con la ley.

Del análisis sistemático de los dispositivos transcritos, se desprende que los funcionarios investidos de las más elevadas funciones públicas, gozan de la prerrogativa constitucional del antejuicio de mérito, cuyo conocimiento le corresponde a esta Sala Plena. En tal sentido, como ya lo señaló este Máximo Tribunal en sentencia número 29, de fecha 30 de abril de 2008 (caso: Nicolás Maduro) "...el régimen del antejuicio de mérito previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consiste en un privilegio para las altas autoridades del Estado, que tiene por objeto proteger la labor de los funcionarios públicos que ocupan y desempeñan cargos de alta relevancia, en procura de la continuidad en el desempeño de las tareas esenciales que corresponden al ejercicio de la función pública. En otras palabras, el antejuicio de mérito es una prerrogativa procesal de la que son acreedores los altos funcionarios del Estado, para garantizar el ejercicio de la función pública y, por ende, evitar la existencia de perturbaciones derivadas de posibles querellas, injustificadas o maliciosas, que se interpongan contra las personas que desempeñen una alta investidura."

En el caso concreto de los miembros de la Asamblea Nacional, una vez agotado el trámite del antejuicio de mérito, en caso de que se declare que hay razones para proceder al enjuiciamiento, debe este Tribunal Supremo de Justicia solicitarle a la Asamblea Nacional el allanamiento de la inmunidad parlamentaria del Diputado de que se trate, lo cual de ser procedente acarreará que se pueda iniciar el proceso respectivo y se puedan adoptar medidas limitativas o restrictivas de la libertad del funcionario.

Siendo así, corresponde a esta Sala Plena declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento de los integrantes de la Asamblea Nacional, y en caso afirmativo solicitar el allanamiento de la inmunidad parlamentaria del funcionario involucrado.

Siguiendo las anteriores premisas, se aprecia que el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, fue recientemente electo Diputado de la Asamblea Nacional en las elecciones celebradas el pasado 26 de septiembre de 2010, por lo que corresponde determinar si para su enjuiciamiento, en el marco de la presente causa, le corresponde 1) recibir desde el momento de su elección la inmunidad establecida en el artículo 200 constitucional, 2) gozar del privilegio del antejuicio de mérito, y en caso de resultar afirmativo, 3) formular la solicitud de allanamiento de la inmunidad parlamentaria establecida en el artículo 200 constitucional; por lo que siendo tales actuaciones competencias atribuidas a este Órgano Jurisdiccional, esta Sala se declara competente para ello, y así se decide.

IV CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Asumida la competencia, pasa esta Sala a determinar si en el presente caso resulta procedente la tramitación del antejuicio de mérito para el procesamiento del ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, quien fue proclamado Diputado electo a la Asamblea Nacional, el día 27 de septiembre de 2010, para lo cual observa que dada la alta investidura del mencionado ciudadano, en principio le correspondería gozar del antejuicio de mérito.

Ahora bien, el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez fue imputado por la Fiscalía Cuadragésima Segunda del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, en fecha 30 de noviembre de 2009, por lo que resulta obvio que el presente proceso penal se inició antes de que el procesado fuese electo diputado a la Asamblea Nacional, lo que ocurrió en el proceso comicial celebrado el 26 de septiembre de 2010, hecho éste que obliga a examinar detenidamente el caso para determinar la procedencia o no del privilegio de la inmunidad, establecido en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Precisado lo anterior, en aras de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y, dada la trascendencia nacional que tiene el caso de autos por tratarse del procesamiento penal de un Diputado electo a la Asamblea Nacional, pasa esta Sala a pronunciarse en torno a la solicitud formulada en fecha 5 de octubre de 2010, por el abogado defensor del ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, en el sentido de que se suspendan los efectos de las medidas cautelares decretadas en la presente causa, debido a que *“...en fecha 26 de Septiembre de 2010 (...) resultó electo **DIPUTADO NOMINAL PRINCIPAL A LA ASAMBLEA NACIONAL**, en Elecciones Parlamentarias celebradas en dicha fecha (...). A partir de su proclamación pública como **DIPUTADO**, realizada en fecha 27 de Septiembre de 2010, el prenombrado PARLAMENTARIO goza de inmunidad en el ejercicio de sus funciones hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo...”* (mayúsculas y negrillas del original).

Al respecto, se aprecia que conforme a lo previsto en el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la inmunidad parlamentaria es uno de los privilegios de los que gozan los Diputados de la Asamblea Nacional, con el objeto de garantizar el normal funcionamiento de ese órgano, que está íntimamente vinculado al desempeño mismo del Estado. Señala Recoder de Casso que se trata de *“...una especial tutela en materia penal que ampara al parlamentario por actos ajenos a su función, ejecutados por lo general fuera del recinto parlamentario y que cualquier ciudadano podría cometer. Se inspira en un principio de origen francés y es fruto del conflicto ideológico, político y jurídico que en 1789 existía entre los representantes revolucionarios y los poderes constituidos del Antiguo Régimen todavía en acción. El principio así concebido resulta, en cambio, extraño al derecho inglés (y los ordenamientos de cuño anglosajón) pues en él, como recuerdan Wade y Phillips (7), el privilegio del freedom from arrest tuvo aplicación sólo en materia civil; protegía al parlamentario de toda detención durante los períodos de sesiones y durante los cuarenta días precedentes y siguientes. Sin embargo, desde que se abolió el encarcelamiento por deudas la protección perdió interés y hoy el parlamentario británico no tiene un trato judicial distinto del que tiene cualquier ciudadano.”* (Recoder de Casso, Emilio, 2001. Artículo 71. *Comentarios a la Constitución*, coordinado por Fernando Garrido Falla. Madrid, Civitas, 3era ed., p. 1.190); de manera que se trata de un privilegio individual de los parlamentarios que tiene como fin, no la protección personal del funcionario sino el normal funcionamiento del máximo órgano parlamentario del Estado.

La inmunidad existe para garantizar el Estado de Derecho, toda vez que con ella se pretende asegurar la solidez institucional de la máxima instancia de uno de los Poderes Públicos, como lo es el Poder Legislativo conformado por la Asamblea Nacional y ésta, a su vez, está integrada por los Diputados, quienes tienen en sus manos la importantísima labor legislativa, sin la cual el Estado no puede funcionar.

En ese sentido, Tovar Tamayo expresa que las prerrogativas parlamentarias, entre las que figura la inmunidad, son concedidas a los parlamentarios “...no ya en su interés personal (puesto que tendríamos entonces privilegios como los reconocidos a los componentes de algunas clases en el Ancien Regime), sino en relación con las funciones públicas que deben desarrollar, y tal carácter específico se comprueba también por el hecho de que no son renunciables y atribuyen a sus beneficiarios no derechos públicos subjetivos, sino simples intereses legítimos.” (Tovar Tamayo, Orlando, 1973. *Derecho Parlamentario*. Caracas, Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, p. 57)

Partiendo de que la ratio de la inmunidad parlamentaria es la protección de la función legislativa, debe determinarse a partir de qué momento empiezan sus miembros a gozar del beneficio. En ese sentido se aprecia, que el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo siguiente:

Artículo 200. Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

De la interpretación literal del citado dispositivo constitucional, se desprende claramente que los diputados gozan de inmunidad 1) en el ejercicio de sus funciones, y 2) desde su proclamación, de manera que resulta claro que se requieren dos condiciones concurrentes para que opere el privilegio, por una parte haber sido proclamado y por otra estar en ejercicio de sus funciones, lo que encuentra una perfecta correspondencia con la razón de su previsión por parte del Constituyente, toda vez que si el fin de ese beneficio es garantizar el desenvolvimiento de la labor parlamentaria, se justifica que los asambleístas estén protegidos de cualquier acción externa a ese cuerpo que les impida legislar sólo mientras estén desempeñando su labor. En ese sentido, expresa Recoder de Casso, que “...Lo normal es que opere únicamente durante los períodos de sesiones y que en los intervalos entre dos períodos queden los parlamentarios sujetos al derecho común, sin perjuicio de que al iniciarse el período siguiente la Asamblea puede pedir la suspensión de las actuaciones iniciadas...” (Idem, p. 1.189).

Cabe destacar que durante la vigencia de la derogada Constitución de 1961, la inmunidad parlamentaria operaba a favor de Senadores y Diputados, conforme a lo previsto en su artículo 143, “...desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, y, en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones.”, criterio que también había sido acogido anteriormente por la Constitución de 1947, pero que dada la redacción del artículo 200 de la vigente *Norma Normarum*, fue abandonado por nuestro más reciente Constituyente.

La teoría del tiempo histórico explica las circunstancias políticas que influyeron en la evolución que ha tenido el privilegio de la inmunidad parlamentaria en Venezuela. La Asamblea Constituyente del año 1947 produce una Constitución de aliento democrático y popular luego de veintisiete años de oscurantismo, cárceles y persecuciones sufridos por el pueblo venezolano por obra de la dictadura de Juan Vicente Gómez, seguido del gobierno de Eleazar López Contreras que, si bien ordenó la libertad de los presos políticos del recién fallecido tirano, también tomó medidas impopulares y antidemocráticas como, entre otras, la aplicación del inciso sexto del artículo 32 de la Constitución

de 1936 a intelectuales y dirigentes estudiantiles que fueron obligados a marchar al exilio por “profesar la ideología comunista”, conducta prohibida por la aludida disposición Constitucional. También es enriquecedor para la apreciación del ambiente de la época el episodio que significó el golpe de estado del 18 de octubre de 1945 contra Isaías Medina Angarita, electo presidente por el Congreso Nacional para el período 1942-1947, acción que detuvo un proceso democrático en marcha y refrescado por aires libertarios como jamás habían existido en Venezuela y que, lamentablemente, generó un nuevo ciclo de persecuciones, cárceles y exilio. Todo ello condujo al Constituyente a justificar la aplicación amplia del concepto de inmunidad, sustrayendo al parlamentario de cualquier medida restrictiva de la libertad personal, el sometimiento a juicio penal o demandas derivadas de sus intervenciones dentro o fuera del Congreso. También la Constitución de 1961 repite el privilegio parlamentario en el mismo sentido porque de nuevo el Constituyente aprecia que la naciente democracia, luego de los tenebrosos días de la dictadura de Marcos Pérez Jiménez, cuyo despótico régimen acababa de fenecer el 23 de enero de 1958, requería de la misma para fortalecer la máxima institución legislativa del Estado. Los hechos posteriores de nuestra incipiente democracia demostraron que tuvo razón el Constituyente al repetir en el artículo 143 de la Constitución de 1961 la inmunidad parlamentaria tal y como fue concebida por la Asamblea Constituyente de 1947, porque llegaron años de prisiones, persecuciones, torturas, asesinatos y desapariciones a manos de agentes de los gobiernos de turno durante las décadas del sesenta, setenta, ochenta y noventa. Incluso, miembros del Congreso Nacional protegidos con el fuero parlamentario fueron reducidos a prisión y sometidos a juicios militares, sin antejuicio de mérito ni allanamiento de su inmunidad. Los nombres de Gustavo Machado, Pompeyo Márquez, Teodoro Petkoff, Guillermo García Ponce, Domingo Alberto Rangel, Jesús Villavicencio, Jesús María Casal, Simón Sáez Mérida, Eloy Torres, Eduardo Machado, Jesús Farías y Miguel Ángel Capriles, están impresos en crónicas de prensa y capítulos de historia como los congresistas que sufrieron este atropello a sus derechos y privilegios constitucionales.

Por argumento en contrario, en nuestros días, la sociedad asentada en nuestro país se fundamenta en una Constitución de innegable contenido democrático, social, participativo y de derecho. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es eminentemente garantista de los derechos ciudadanos, y esa vocación condujo al Constituyente, en la búsqueda de la igualdad social propia de la naturaleza humana, a restringir la institución de la inmunidad parlamentaria cuando silencia el privilegio de no ser sometido a proceso penal que se establece en las Constituciones aludidas *supra*, dejando en pie la protección de la libertad personal, la que incluso no es expresa y debe deducirse de la lectura del artículo 200, cuando señala:

Artículo 200: ...De los presuntos delitos que cometan los y las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento.

Obsérvese que en esta redacción no se aprecia la tajante prohibición que hacía la Constitución de 1961 en su artículo 143, refiriéndose a los miembros del entonces Congreso Nacional al decir que: “...desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, y, en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones” (subrayado nuestro).

Esta posición restrictiva de los privilegios parlamentarios que protegen la presunta conducta antijurídica de los diputados no es una innovación de nuestra Constitución, sino que obedece a una corriente orientada a limitar y hasta a extinguir el privilegio, como lo indica Murillo de la Cueva cuando expresa que “...basta con recordar cuanto señala Kelsen en *Esencia y valor de la*

democracia o, entre los juristas españoles, Niceto Alcalá-Zamora Castillo en sus Ensayos de Derecho Procesal y de la opinión cada vez más extendida de la pérdida de justificación de esta institución en un ordenamiento democrático racionalizado.” (Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, 1990. Sobre las Inmunidades Parlamentarias. Revista de Estudios Políticos. Madrid, p. 190).

No se encuentran privilegios de inmunidad que amparen la conducta de los representantes del Parlamento de Gran Bretaña, a pesar de que los antecedentes más antiguos de la inmunidad que se conocen en leyes escritas, se encuentran en la inglesa Carta Magna de 1215, suscrita entre los señores feudales y el rey Juan Sin Tierra. Tampoco en la Constitución de la República de Colombia de 1991, encontramos establecida la inmunidad parlamentaria para proteger la actividad de sus congresantes. En nuestro hermano país los diputados y senadores son detenidos y sometidos a juicio sin que medie una decisión de la Cámara (artículo 186). En los Estados Unidos de América se aprecia la inmunidad como institución parlamentaria bastante restringida. Lo que señala al respecto su Constitución que data de 1787, en su artículo uno, sección sexta es que: *“...En todos los casos, exceptuando los de traición, delito grave y perturbación del orden público, gozarán del privilegio de no ser arrestados durante el tiempo que asistan a las sesiones de sus respectivas cámaras, así como ir a ellas o regresar de las mismas...”* (Subrayados nuestros) Llama la atención que la protección se limita a aquellos delitos que no son considerados graves como la traición (al Estado), el asesinato, el peculado, la corrupción y los de orden público y que además, sólo se aplica cuando los diputados y senadores se encuentran en el Congreso o en sus casas estando incurso en conductas antijurídicas distintas a las señaladas arriba.

Esto último nos lleva a considerar que lo trascendente para la institución de la inmunidad aplicada a los miembros de los órganos legislativos es la función parlamentaria y no la persona de los congresistas. Naturalmente, en aplicación de la tesis como la Teoría del Órgano, *“alguien tiene que poder por el órgano”* y en el caso de la Teoría del Mandato, *“alguien tiene que ser el mandatario del pueblo”*, en ambos casos se trata de una persona: el diputado o diputada que serían los beneficiarios del privilegio, pero siempre el bien jurídico protegido será la función parlamentaria, criterio ampliamente acogido por la doctrina, *verbi gratia* por Tovar Tamayo, quien sostiene que *“...la inmunidad se da, como bien afirma Ranalletti, a ‘los miembros del Parlamento por las funciones que desempeñan’, por lo tanto le son concedidas, no en su interés personal, sino en el más importante del Estado. Ellos no podrían renunciarla salvo que, por ejemplo, ‘renuncien a su oficio’”* (Idem, p. 62)

Siendo así, todos los caminos interpretativos conducen a afirmar que en la actualidad, los miembros de la Asamblea Nacional gozan de la inmunidad parlamentaria a que se refiere el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los fines de asegurar el funcionamiento de ese cuerpo, por lo que se justifica que ampare a sus miembros una vez proclamados y siempre que se encuentren en ejercicio de sus cargos.

En el presente caso, se aprecia que los hechos por los cuales el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez está siendo juzgado por los órganos jurisdiccionales con competencia en materia penal por la presunta comisión de hechos delictuales cometidos con anterioridad a su elección como Diputado de la Asamblea Nacional, si bien fue proclamado, aun no se encuentra en ejercicio del cargo, por lo que siguiendo el razonamiento antes expuesto, aun no goza de inmunidad parlamentaria, de manera que el proceso penal seguido en su contra debe continuar su curso, y lógicamente deben mantenerse los efectos de las medidas cautelares acordadas en el marco de ese juicio.

El 5 de enero de 2011, es cuando se inicia el primer período de las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional o el día posterior más inmediato posible, a tenor de lo previsto en el artículo 219 constitucional, fecha en que el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, podría empezar a ejercer sus funciones como diputado y consecuentemente en la que comenzaría a gozar del beneficio de inmunidad parlamentaria inmediatamente después de su juramentación en el cargo; no obstante, su procesamiento penal debe continuar, tal como ocurriría con cualquier otro juicio de índole civil, de niños y adolescentes, laboral o del tránsito, por ejemplo, y ello debido a que el artículo 200 de la Constitución no dispone que la prerrogativa de inmunidad parlamentaria incluya la paralización de los juicios ya iniciados, que sí contemplaba la Constitución de 1961 en su artículo 143, por lo que continuará el trámite del juicio del parlamentario ya iniciado para la fecha en que fue electo y proclamado.

En vista de lo antes expuesto, esta Sala declara la continuación del presente proceso penal seguido contra el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, en el marco del cual el Tribunal de la causa se pronunciará sobre las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad acordadas. Así se decide.

Por otra parte, no puede esta Sala dejar pasar desapercibido que los Diputados además del privilegio de inmunidad parlamentaria, gozan también de otras prerrogativas constitucionales cuyo fin es el aseguramiento del funcionamiento del Estado, como es el caso del antejucio de mérito, de manera que cualquier proceso penal que se inicie mientras la persona ostente tal carácter, deberá ser precedido por la declaratoria expresa de este Máximo Tribunal en el sentido de que hay lugar a su enjuiciamiento, quedando excluidos de tal condición previa cualquier proceso que se haya iniciado con anterioridad a la obtención de la condición de funcionario de alta investidura, lo que se desprende de la mera lógica, en tanto que el antejucio es previo al proceso penal y si ya éste se inició no resulta coherente revertir lo actuado, sólo para ejercer un prerrogativa que ostentan los funcionarios parlamentarios de alta investidura, la cual no detentaba para el momento del inicio de la causa.

Siendo así, como quiera que el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez fue electo Diputado con posterioridad al inicio de la presente causa, esta Sala declara de manera expresa que el presente proceso debe continuar su curso hasta su culminación, sin que sea procedente que este Tribunal Supremo de Justicia declare si existe o no mérito para ello, ni tampoco que se paralice una vez que el Diputado entra en funciones. Así se decide.

Vista la anterior declaratoria, se ordena la devolución del presente expediente al Juzgado Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, para que continúe la tramitación de la causa. Así se declara.

V DECISIÓN

Por razones antes expuestas, esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por autoridad de la ley, declara:

1.- Su **COMPETENCIA** para pronunciarse en torno al goce de las prerrogativas parlamentarias por parte del ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, en el marco del presente proceso penal incoado en su contra, con ocasión de la denuncia interpuesta en fecha 14 de septiembre de 2009, por los ciudadanos Félix Enrique Bracho Navas, y Lisandro José Cabello, previamente identificados, por ante la Fiscalía Cuadragésima Segunda del Ministerio Público, de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, por la comisión de los delitos de malversación genérica de fondos públicos, peculado doloso, evasión de procedimientos de licitación u otros controles y concertación ilícita con contratistas.

2.- Que **NO PROCEDE** la solicitud formulada por el defensor del ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, respecto al goce de la inmunidad parlamentaria desde el momento de su elección y proclamación.

3.- Que en la presente causa **NO PROCEDE** la tramitación del antejuicio de mérito previsto en el artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto no goza del privilegio de la inmunidad previsto en el artículo 200 constitucional.

4.- Que se **ORDENA LA CONTINUACIÓN** del proceso penal seguido contra el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, en el marco del cual el Tribunal de la causa se pronunciará sobre las medidas cautelares sustitutivas a la privación judicial preventiva de libertad acordadas.

Publíquese y regístrese. Notifíquese de la presente decisión a la Fiscalía Cuadragésima Segunda del Ministerio Público, de la Circunscripción Judicial del estado Zulia. Remítase el expediente al Juzgado Tercero de Primera Instancia en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, extensión Cabimas.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Despacho de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas a los veintiséis (26) días del mes de octubre de dos mil diez (2010). Año 200º de la Independencia y 151º de la Federación.

La Presidenta,
LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente, El Segundo Vicepresidente,
OMAR ALFREDO MORA DÍAZ LUIS ALFREDO SUCRE CUBA

Los Directores,
YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA
EVELYN MARRERO ORTIZ ELADIO RAMÓN APONTE APONTE

Los Magistrados,
FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ YOLANDA JAIMES GUERRERO
LUIS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ
DEYANIRA NIEVES BASTIDAS JUAN RAFAEL PERDOMO
PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ LEVIS IGNACIO ZERPA
HADEL MOSTAFÁ PAOLINI ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ
CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN
ALFONSO VALBUENA CORDERO EMIRO GARCÍA ROSAS
RAFAEL ARÍSTIDES RENGIFO CAMACARO FERNANDO RAMÓN VEGAS TORREALBA

Ponente
JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ
HÉCTOR CORONADO FLORES LUIS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ
CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN
CARMEN ZULETA DE MERCHÁN MIRIAM DEL VALLE MORANDY MIJARES
ARCADIO DELGADO ROSALES

La Secretaria,
OLGA M. DOS SANTOS P.
Exp. N° AA10-L-2010-000203

FRVT/

En veintiséis (26) de octubre de dos mil diez (2010), siendo las dos y cuarenta y cinco minutos de la tarde (2:45 p.m.), fue aprobada la decisión que antecede, anunciando votos salvados los Magistrados doctores Antonio Ramírez Jiménez, Pedro Rafael Rondón Haaz y Alfonso Valbuena Cordero. No aparece suscrita por la Magistrada doctora Blanca Rosa Mármol de León, ni por el Magistrado doctor Rafael Arístides Rengifo Camacaro, quienes no asistieron a la sesión por

motivos justificados. Se deja constancia que por razones justificadas imprevistas se retiró de la sesión el Magistrado doctor Luis Martínez Hernández, por tanto carece de su firma.

La Secretaria,

VOTO SALVADO

El Magistrado Antonio Ramírez Jiménez se permite manifestar su disenso del fallo que antecede, por lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, salva su voto en los términos siguientes:

La doctrina jurisprudencial pacífica de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sido la de que a ella corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima de la Constitución, de conformidad con el artículo 335 de la misma. En fallo N° 1077 de fecha 22/09/2000, Expediente 1289; dicha Sala expresamente señaló: *“A esta Sala corresponde con carácter exclusivo la interpretación máxima y última de la Constitución...”*. Y agregó: *“En consecuencia, se hace imprescindible que la Sala Constitucional asuma plenamente esta competencia para asegurar la uniforme interpretación y aplicación de la Constitución...”*

El anterior criterio ha sido reiterado y conteste, conforme a lo cual deben señalarse, entre otras, las decisiones siguientes: N° 1415 de fecha 22/11/2000, Expediente N° 001725; N° 601 de fecha 09/04/2007, Expediente N° 07-0172; N° 637 de fecha 22/06/2010, Expediente N° 10-0301. En todas ellas, con una importante amplitud de razonamientos, se ha sostenido la opinión referida. En el presente caso, del ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, electo diputado a la Asamblea Nacional en comicios celebrados el pasado 26 de septiembre del presente año, el aspecto central de la decisión dictada por la mayoría sentenciadora, lo constituye la interpretación y análisis del artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Dicho artículo es del tenor siguiente:

“Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.”

La norma constitucional anteriormente transcrita, dispone, por una parte, lo referente a los presuntos delitos cometidos por los o las integrantes de la Asamblea, (por la vía del antejuicio de mérito, según lo pautado en el artículo 266 eiusdem), para lo cual, la Sala Plena tiene expresamente atribuida la competencia, y, además, instituye los elementos para la inmunidad de los parlamentarios y parlamentarias de la Asamblea Nacional, y sobre esto se pronuncia la mayoría que decide, para determinar el concepto de inmunidad y el cumplimiento de los requisitos previstos para el goce de la misma, según la expresión textual de dicha norma: *“en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o de la renuncia del mismo.”* Por esta consideración, respetando en todo caso el criterio de la mayoría sentenciadora, y sin que el presente voto salvado incida sobre el fondo del asunto, el suscrito se permite expresar que la competencia para la debida interpretación y análisis del artículo 200 citado, corresponde a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual debió la Sala Plena de este Alto Tribunal declinar su competencia. Queda así expuesto el presente voto salvado.

La Presidenta,
LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente, El Segundo Vicepresidente,
OMAR ALFREDO MORA DÍAZ LUIS ALFREDO SUCRE CUBA

Los Directores,
EVELYN MARRERO ORTIZ YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA
ELADIO RAMÓN APONTE APONTE
FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ YOLANDA JAIMES GUERRERO
LUIS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ
DEYANIRA NIEVES BASTIDAS JUAN RAFAEL PERDOMO
PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ LEVIS IGNACIO ZERPA
HADEL MOSTAFÁ PAOLINI ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

Magistrado Disidente
CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN
ALFONSO VALBUENA CORDERO EMIRO GARCÍA ROSAS
RAFAEL ARÍSTIDES RENGIFO CAMACARO FERNANDO RAMÓN VEGAS T.
JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN LUÍS ANTONIO ORTÍZ HERNÁNDEZ
HÉCTOR CORONADO FLORES LUÍS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ
CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN
CARMEN ZULETA DE MERCHÁN MIRIAM DEL VALLE MORANDY MIJARES
ARCADIO DELGADO ROSALES

La Secretaria,
OLGA M. DOS SANTOS P.
VOTO SALVADO

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz manifiesta su disentimiento del fallo que antecede, razón por la cual, de conformidad con el artículo 104 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, expresa su voto salvado en los siguientes términos:

Punto previo. El Magistrado que concurre deja constancia de su rechazo a la forma como se vio conminado al estudio y votación de la ponencia que, después de su aprobación, se convirtió en la sentencia de autos, la cual recibieron los miembros de esta Sala Plena, junto con otras tres, el mismo día de la sesión que se fijó para su discusión, en forma violatoria al Reglamento Interno de este Alto Tribunal que, al respecto, dispone:

Obligación del Ponente de informar

Artículo 55. El Ponente debe informar en su proyecto a los demás Magistrados y Magistradas de la Sala Plena acerca de los aspectos fácticos y jurídicos que suscite el estudio del asunto, proponer soluciones a los mismos y someter oportunamente a la consideración de aquellos un proyecto de decisión.

Carácter definitivo del proyecto de decisión

Artículo 56. Una vez que se haya distribuido el correspondiente proyecto de decisión entre los Magistrados y Magistradas, no serán considerados por el Ponente nuevos escritos relacionados con el caso, objeto de la ponencia, que fueren presentados por las partes, salvo que el ponente lo estime imprescindible para una necesaria reforma del proyecto.

En tal caso, deberá comunicar a los demás Magistrados y Magistradas de la Sala Plena sobre la necesidad de modificar el proyecto de decisión, solicitar la devolución del mismo para realizar las

modificaciones que considere convenientes y proceder a distribuirlo nuevamente en forma definitiva en un plazo breve.

Observaciones a los proyectos

Artículo 57. Los Magistrados y Magistradas de la Sala Plena deberán formular las observaciones al proyecto de decisión, debidamente fundadas, o manifestar su conformidad con el contenido de la misma dentro de los cinco días hábiles siguientes.

En caso de que se formulare alguna observación, el Ponente deberá realizar los cambios que considere pertinentes o, en todo caso, argumentar su desacuerdo dentro de los tres días hábiles siguientes.

Confidencialidad de los proyectos

Artículo 58. Los Magistrados y Magistradas de la Sala Plena procurarán que sus proyectos tengan carácter confidencial. A tal efecto deberán entregarlos personalmente al Secretario o Secretaria de la Sala Plena quien ordenará su distribución.

Entrega de los proyectos

Artículo 59. El Presidente o Presidenta de la Sala Plena entregará, en cada sesión ordinaria, a los Magistrados y Magistradas de la misma, las ponencias que serán discutidas y votadas en la sesión ordinaria siguiente (Subrayado y destacado añadidos).

1. Quien suscribe estima que la Sala Plena actuó conforme a derecho cuando no aceptó la competencia material que, en ella, declinó el Juez Tercero del Tribunal de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Zulia, Extensión Cabimas, respecto a la causa penal que se le sigue al ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez.

2. Ahora bien, se advierte que, luego de un análisis histórico, la Sala concluyó que la inmunidad parlamentaria que preceptúa el artículo 200 de la Constitución no es de aplicación retroactiva, esto es, a cualesquiera de los procesos penales a los cuales debiera ser sometido un Diputado a la Asamblea Nacional, por razón de delitos que hubieran sido cometidos por éste previamente a su elección como tal. Tan elemental conclusión está referida a un particular sobre el cual no hay mayor contención; vale decir, la inmunidad parlamentaria no es extensible respecto al juzgamiento por los delitos que hubieren sido cometidos por el Diputado antes de que sea investido como tal; eso sin perjuicio de lo que se afirmará *infra* respecto al proceso por los delitos que hayan sido cometidos en tiempo anterior a la elección del diputado.

En cambio, el aspecto crucial de la pretensión estuvo precisado en los siguientes términos de los defensores del procesado hoy Diputado electo, según la relación de la misma que contiene el acto de juzgamiento contra el cual se expide el presente voto:

Mediante escrito presentado en fecha 5 de octubre de 2010, el ciudadano Marcos Salazar Huerta, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el número 5.802, actuando con el carácter de defensor del ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, solicitó la suspensión de los efectos de las medidas cautelares decretadas en la presente causa, debido a que **“...en fecha 26 de septiembre de 2010 (...) resultó electo DIPUTADO NOMINAL PRINCIPAL A LA ASAMBLEA NACIONAL, en elecciones parlamentarias celebradas en dicha fecha (...). A partir de su proclamación pública como DIPUTADO, realizada en fecha 27 de septiembre de 2010, el prenombrado PARLAMENTARIO goza de inmunidad en el ejercicio de sus funciones hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo...”**.

Como, sin mayor dificultad, puede extraerse de la reproducción textual que antecede, no hubo cuestionamiento expreso alguno, por parte del precitado ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, contra la continuación en la tramitación del proceso penal al cual se encontraba sometido cuando fue electo y subsiguientemente proclamado como Diputado a la Asamblea Nacional. Lo que aparece documentado en autos es que la pretensión del precitado parlamentario nacional se concretó en la solicitud de “*suspensión de los efectos de las medidas cautelares*” decretadas en la causa penal que se le sigue. Como consecuencia de ello, la respuesta pertinente y adecuada que el Tribunal competente –que no lo es esta Sala, según su propia conclusión- debió proveer tenía que ser su pronunciamiento sobre la conformidad jurídica de la vigencia actual de las predichas cautelas; no, sobre la continuidad o no del proceso penal que ya se encontraba en curso al tiempo de la elección y proclamación del precitado diputado, porque no fue ése el planteamiento de dicha parte, según acaba de ser explicado, ni acerca de si el diputado electo goza o no del beneficio de antejudio de mérito, que tampoco fue planteado. Así las cosas, la Sala Plena, una vez que declaró que no tenía competencia material para su decisión sobre la pretensión que claramente fue expresada por la parte interesada, ha debido limitarse a la remisión del expediente al tribunal de la justicia penal ordinaria competente *sin ordenarle que se pronuncie sobre las medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad que fueron acordadas al imputado por el tribunal de la causa en audiencia del 19 mayo de 2010 y no con ocasión de su elección como diputado*, cuyo mantenimiento ordenó, porque carece de competencia para ello y, además, viola la autonomía del juez y el derecho constitucional del justiciable al juez natural.

3. En todo caso, como quiera que la Sala, no obstante que sentenció su incompetencia material para su asunción del conocimiento de la causa penal que se le sigue al antes citado Diputado –razón por la cual acertadamente rechazó la antes explicada declinación-, se inmiscuyó en la labor del juez cuya competencia reconoció, quien suscribe estima que es su deber la expresión de las siguientes valoraciones respecto de tales cuestiones sustanciales.

3.1 En tal orden de ideas, debe recordarse que el proceso penal debe ser tramitado, como regla general, en situación de libertad personal plena del procesado, y sólo como excepción, en condición de restricción a dicho derecho fundamental y, en el caso más extremo, en la de privación del mismo, cuando dicha restricción o privación sean esenciales para el aseguramiento de las finalidades del proceso.

Se concluye, entonces, que ni la restricción ni la privación de la libertad personal son consecuencias necesarias del procesamiento penal, razón por la cual nada obsta, constitucional y legalmente hablando, para que el enjuiciamiento penal en cuestión continúe su tramitación con el procesado en libertad plena –tal como pidió el antes citado Diputado electo-, sin perjuicio de que se emita sentencia firme y de que, en caso de que ésta sea condenatoria, la ejecución de la misma quede diferida hasta el cese del ejercicio de la representación popular y de la respectiva entidad federal. A buen seguro, ello constituye un contundente antídoto contra el riesgo de impunidad que, según parece, temió la mayoría de la Sala.

3.2 Como es de general conocimiento, el *sub iudice* penal no se encuentra inhabilitado para el ejercicio activo y pasivo del sufragio, esto es, para elegir y para ser elegido. Por consiguiente, en el caso de que resulte electo Diputado a la Asamblea Nacional, tal resultado no es impugnabile por el mero hecho de la situación procesal del elegido, a quien, por consecuencia, han de serle garantizadas, en las mismas condiciones de plenitud que al resto de sus colegas de cámara, todas las libertades inherentes al ejercicio de su función parlamentaria. En otros términos, el acatamiento al resultado de la elección, como Diputado a la Asamblea Nacional del *sub iudice* penal y el

reconocimiento, en su favor, de la inmunidad desde la fecha de su proclamación, según preceptúa el artículo 200 de la Constitución, es imperativo que deriva del deber de escrupuloso respeto a la voluntad del pueblo que, en legítimo ejercicio de su soberanía, eligió como diputado a una persona respecto de la cual debe presumirse irrefutablemente que, al momento de la manifestación de voluntad electoral, el elector se encontraba en conocimiento de la situación procesal penal de dicho candidato a la representación popular; particularmente, en el caso que se examina, en el cual dicha persona había sido, incluso, sometida a medidas cautelares de privación o restricción a su libertad personal.

La convicción de que al Diputado a la Asamblea Nacional que, al tiempo de su elección a dicho cargo, se encontraba sometido a proceso penal e, incluso, a medidas cautelares de coerción personal, deba serle reconocida la legitimidad de tal expresión de la soberanía popular y, por consiguiente, la garantía de efectiva y eficaz vigencia de todas las libertades inherentes al ejercicio de dicha función, dimana, a falta de disposición expresa, del mismo derecho fundamental a la igualdad que proclama el artículo 21 de la Constitución, de acuerdo con el cual, entonces, el ejercicio de la representación popular tiene que ser en condiciones de libertades plenas comunes a todos los representantes, incluidos aquéllos cuya libertad personal se encontraba sometida a medidas cautelares de coerción individual. De allí que fuera conforme a derecho la pretensión de los defensores del predicho procesado que devino Diputado, de que fueran revocadas las medidas cautelares judiciales de privación o restricción al pleno ejercicio de dicho derecho fundamental. Se insiste en que fue esto último lo que pretendió dicho encausado; no, como erradamente lo entendió la Sala Plena, que se declarara la extinción del proceso penal que se le sigue.

En este sentido, es pertinente la cita de la sentencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia n.º 2444 de 20.10.04, aplicable, *mutatis mutandi*, al impedimento que, para el cabal ejercicio de su función pública, podrían suponer determinadas medidas cautelares en circunstancias como la del diputado solicitantes de autos:

La destitución y la suspensión de un funcionario de un cargo de elección popular coliden con la normativa constitucional que estatuye que tales cargos pueden ser objetos de referendo revocatorio. Siendo ello así, al igual que con los cargos que tienen un régimen especial para la destitución, es ese el mecanismo para cuestionar la legitimidad de la actuación del representante popular, y las sanciones que sin duda alguna se le pudieran imponer con ocasión a ilícitos administrativos, civiles o disciplinarios, según el caso, encuentran su límite en esas circunstancias, sólo desvirtuable con ocasión al establecimiento de una responsabilidad penal.

4. Por otra parte, en relación con el término de vigencia de la inmunidad parlamentaria, aun cuando, se insiste, ello no constituyó el fondo de la pretensión, se aprecia que la mayoría de la Sala concluyó en que dicha garantía fundamental es eficaz sólo cuando hay efectivo ejercicio del cargo; en sus propios términos, *“cuando no se desempeña el cargo no se goza de la prerrogativa procesal”*.

La verdad es que el texto constitucional, en su artículo 200, no da margen a duda alguna: Los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones **desde su proclamación hasta la conclusión de su mandato o la renuncia del mismo**. De los presuntos delitos que cometan los o las integrantes de la Asamblea Nacional conocerá en forma privativa el Tribunal Supremo de Justicia, única autoridad que podrá ordenar, previa autorización de la Asamblea Nacional, su detención y continuar su enjuiciamiento. En caso de delito flagrante cometido por un parlamentario o parlamentaria, la autoridad competente lo o la

pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho al Tribunal Supremo de Justicia (Destacado añadido).

4.1 La Exposición de Motivos del texto constitucional ratificó la vigencia de la inmunidad parlamentaria desde el momento de la proclamación del diputado; así:

Se consagra la inmunidad parlamentaria como una garantía del ejercicio autónomo de las funciones legislativas respecto de los otros poderes y como garantía para el mejor y efectivo cumplimiento de la función parlamentaria. Sin embargo, la inmunidad sólo está referida al ejercicio de las funciones parlamentarias **desde el momento de la proclamación por parte del órgano electoral competente hasta la conclusión del mandato**. Su desconocimiento por parte de los funcionarios públicos ocasiona sanciones de naturaleza penal que el legislador deberá establecer en la ley correspondiente.

En cuanto a los presuntos delitos cometidos por los diputados, conocerá el Tribunal Supremo de Justicia en forma privativa, siendo la única autoridad que, previa autorización de la Asamblea Nacional, podrá ordenar la detención o continuar el enjuiciamiento, según sea el caso. En caso de delito flagrante cometido por algún diputado, la autoridad competente pondrá a éste bajo custodia en su residencia y comunicará de manera inmediata el hecho al Tribunal Supremo de Justicia.

4.2 Debe recordarse, por otra parte que, en una democracia participativa como la que proclama la Constitución (Preámbulo; artículo 62), la actuación del Diputado a la Asamblea Nacional, como representante popular y de su respectiva entidad federal, obliga a dicho funcionario a una permanente interacción con sus representados, de suerte que éstos tengan la oportunidad de participación, que les garantiza nuestra Ley Máxima, en las iniciativas y discusiones legislativas que sus representantes presenten y sostengan en el Parlamento nacional; en especial, en aquéllas en las que tengan un interés legítimo directo. En este orden de ideas, se aprecia, entonces, que la inmunidad parlamentaria ampare al Diputado, en todo el período de su gestión, esto es, no sólo cuando el cuerpo deliberante se encuentre constituido, porque, como ya acaba de ser explicado, el ejercicio de las funciones del funcionario en referencia no está limitado a la asistencia a sesiones y demás actividades que deban ser cumplidas dentro de la Asamblea Nacional formalmente constituida.

4.3 Por otra parte, la estimación de que la inmunidad parlamentaria sólo es efectiva, contrariamente al texto y al espíritu de la Constitución, cuando el cuerpo deliberante se encuentre constituido lleva a la inevitable conclusión de que, por ejemplo, en los períodos de receso de la Asamblea, ésta no se encuentra constituida. Si ello es así, ¿Significa, entonces, que, en dichos períodos de receso, en los cuales, como acaba de ser dicho, dicha Asamblea no se halla, en propiedad, constituida, también se suspende la inmunidad de sus Diputados hasta la apertura del próximo período de sesiones de dicho cuerpo?

5. Se concluye, entonces, que, en efecto, el proceso penal al cual se encuentra sometido el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez debe continuarse en sede de los tribunales penales ordinarios, razón por la cual quien suscribe estima, con base en las precedentes valoraciones, que fue conforme a derecho la decisión de la Sala Plena de no aceptación de la competencia material que, en ella, declinó el juez penal de primera instancia que conocía dicha causa, si bien se discrepa del pronunciamiento que se rechazó *supra* (orden de examen de las medidas cautelares vigentes, para que se mantengan sus efectos), violatorio de la autonomía del juez y del derecho fundamental al juez natural y potencialmente conducente a un menoscabo ilegítimo de los derechos fundamentales que la Constitución preceptúa como garantía de ejercicio pleno de la

función parlamentaria, con afectación, no sólo de la esfera jurídica de la persona antes señalada, sino igualmente de la función pública que éste deberá ejercer, por mandato del pueblo soberano, al cual, por consiguiente, también podría afectar ilegítimamente la orden de la Sala si su destinatario no la interpreta dentro del marco constitucional y legal que se ha expuesto en este voto salvado.

Igualmente, para finalizar, se rechaza el desvío de la Sala respecto al *thema decidendum* cuando se pronunció en relación con el antejuicio de mérito, a pesar de que se comparte la conclusión de que éste no cubre procesos anteriores a la proclamación del diputado electo, tal como fue explicado por quien se aparta del fallo precedente en su voto salvado a la sentencia de la Sala Constitucional n.º 1.806 de 20.11.08, caso: *Eduardo Lapí*).

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

Fecha *retro*.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente, Segundo Vicepresidente,

OMAR ALFREDO MORA DÍAZ LUIS ALFREDO SUCRE CUBA

Los Directores,

EVELYN MARRERO ORTIZ

YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA ELADIO R. APONTE APONTE

Los Magistrados,

FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ YOLANDA JAIMES GUERRERO

LUIS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

DEYANIRA NIEVES BASTIDAS JUAN RAFAEL PERDOMO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ LEVIS IGNACIO ZERPA

Disidente

HADEL MOSTAFÁ PAOLINI ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

ALFONSO VALBUENA CORDERO EMIRO GARCÍA ROSAS

RAFAEL A. RENGIFO CAMACARO FERNANDO R. VEGAS TORREALBA

JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ

HÉCTOR CORONADO FLORES LUIS E. FRANCESCHI GUTIÉRREZ

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA MARCOS T. DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN MIRIAM DEL V. MORANDY MIJARES

ARCADIO DELGADO ROSALES

La Secretaria,

OLGA M. DOS SANTOS P.

PRRH.sn.ar.

Exp. AA10-L-2010-000203

VOTO SALVADO

El Magistrado ALFONSO VALBUENA CORDERO, disiente de sus colegas con relación a la opinión sostenida por ellos en la sentencia que precede, opinión mayoritaria que el Magistrado disidente respeta pero no comparte, por lo cual se permite salvar su voto basándose en las razones siguientes:

I

DE LA COMPETENCIA DE ESTA SALA

En la referida decisión, la Sala Plena en sesión extraordinaria con Ponencia del Magistrado Fernando Ramón Vegas Torrealba, se pronunció sobre el caso del diputado electo a la Asamblea Nacional en los comicios efectuados el 26 de septiembre del presente año, ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez. Al respecto, dicho fallo para resolver la declinatoria de competencia efectuada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Zulia y declarar sin lugar la solicitud de suspensión de las medidas cautelares decretadas contra dicho ciudadano, procedió a interpretar literalmente la norma constitucional que refiere a la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria, todo ello a los fines de determinar a partir de qué momento empiezan sus miembros a gozar del beneficio. En efecto, estableció que resulta claro que de la interpretación del artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se requieren dos condiciones concurrentes para que opere el privilegio de la inmunidad parlamentaria, por una parte, haber sido proclamado y por la otra, estar en el ejercicio de sus funciones. Señala que durante la vigencia de la derogada Constitución de 1961, la inmunidad operaba a favor de los senadores y diputados, conforme a su artículo 163 “desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, y en consecuencia no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal, a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones” criterio que también había sido acogido anteriormente por la Constitución de 1947, pero que dada la redacción del artículo 200 de la vigente Norma Normarum, fue abandonada por nuestro más reciente Constituyente. En consecuencia, se dejó establecido en dicha decisión que la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario, cuando concluyó *“todos los caminos interpretativos conducen a afirmar que en la actualidad, los miembros de la Asamblea Nacional gozan de la inmunidad parlamentaria a que se refiere el artículo 200 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los fines de asegurar el funcionamiento de ese cuerpo, por lo que se justifica que ampare a sus miembros una vez proclamados y siempre que se encuentre en el ejercicio de sus funciones”* y en consecuencia, ordenó la devolución del expediente al Juzgado Tercero antes mencionado, a los fines de continuar el proceso penal seguido contra el mencionado ciudadano, manteniendo así las medidas cautelares acordadas.

Ahora bien, en primer lugar disiento sobre la competencia de la Sala Plena para la resolución del caso en cuestión. En efecto, el artículo 24, ordinal 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5991, de fecha 29 de julio del año 2010), le atribuye la competencia a la Sala Plena para declarar si hay o no mérito suficiente para el enjuiciamiento del Presidente de la República, o quien haga sus veces, del Vicepresidente Ejecutivo, de los integrantes de la Asamblea Nacional o del propio Tribunal Supremo de Justicia, de los Ministros del Poder Popular, el Procurador, Fiscal, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, Defensor Público General, los Rectores del Consejo Nacional Electoral, Gobernadores, Oficiales Generales, Almirantes efectivos y en funciones de Comando de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana y de los jefes de misiones diplomáticas de la República. Asimismo señala que es competente para dirimir los conflictos de no conocer que se planteen entre Tribunales de Instancia con distintas competencias materiales, cuando no exista una Sala con competencia por la materia afín a la de ambos. Por último, expresa, sobre dicha competencia, “las demás que establezca la Constitución y las leyes”.

Por su parte, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en su artículo 266 las atribuciones del máximo Tribunal y especifica en su parte final que la competencia de la Sala

Plena son las señaladas en los numerales 2° y 3°, referidas éstas a las que consagra la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia mencionadas supra.

En el caso sometido a revisión, la Sala Plena, para ordenar la continuación del proceso penal seguido contra el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, y mantener las medidas cautelares acordadas por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Zulia, tuvo que interpretar el artículo 200 de la Constitución, para determinar -con base en tal interpretación- la inexistencia de la protección especial de la inmunidad parlamentaria a favor del referido ciudadano .

Ahora bien, con relación a la competencia para ser ejercida por la Sala Constitucional, el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala en su ordinal 23° “Las demás que establezcan la Constitución de la República y las leyes”. Por su parte, el artículo 266 de la Carta Magna remite a lo consagrado en el título VIII. En efecto, dispone dicho título en su artículo 335 que el alto Tribunal será el máximo y último intérprete de la Constitución. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas y demás Tribunales de la República.

Esta norma claramente le atribuye la competencia solamente a la Sala Constitucional para la interpretación de normas de rango Constitucional y así lo ha determinado dicha Sala en infinidad de decisiones, entre las que destaco, sentencias Nos. 1402 del 03-11-09 y la 1527 del 09-11-09. Por tanto, resulta -sin lugar a dudas- que la competencia de las normas de rango constitucional, está atribuida única y exclusivamente a la Sala Constitucional y no a la Sala Plena de este máximo Tribunal, motivo por el cual debió esta última declinar su competencia en la Sala Constitucional.

Llama la atención que en la sentencia que precede, en el capítulo de la competencia, se expresa que “le corresponde a la Sala Plena declarar si hay o mérito para el enjuiciamiento de los integrantes de la Asamblea Nacional y en caso afirmativo solicitar el allanamiento de la inmunidad parlamentaria del funcionario involucrado” y posteriormente indica “Siguiendo las anteriores premisas, se aprecia que el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, fue recientemente electo Diputado a la Asamblea Nacional en las elecciones celebradas el pasado 26 de septiembre de 2010, por lo que le corresponde determinar si para su enjuiciamiento, en el marco de la presente causa, le corresponde 1) recibir desde el momento de su elección la inmunidad establecida en el artículo 200 Constitucional, 2) gozar del privilegio del antejuicio de mérito y en caso de resultar afirmativo, 3) formular la solicitud de allanamiento de la inmunidad parlamentaria establecida en el artículo 200 constitucional; por lo que siendo ambas actuaciones competencias atribuidas a este Órgano Jurisdiccional, esta Sala se declara competente para ello, y así se decide.”

Debo resaltar que independientemente que el asunto sometido a revisión, como sucedió en el caso en cuestión, tenga relación con un diputado electo para la Asamblea Nacional, no se trata de la atribución expresa contenida en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como lo es la declaratoria acerca de si hay o no méritos suficientes para el enjuiciamiento de algún integrante de la Asamblea Nacional, lo cual como precedentemente se indicó, sí es competencia de la Sala Plena de este máximo Tribunal.

Si bien, la causa fue remitida a dicha Sala por la declinatoria de competencia efectuada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Penal en Funciones de Control del Circuito Judicial Penal del estado Zulia de acuerdo a lo previsto en el artículo 200 de la Constitución, por cuanto a decir del a-quo *“el juzgamiento de los altos funcionarios compete a la Sala Plena”*, no se resolvió, como así se dispuso en el fallo que precede, sobre la tramitación de un antejuicio de mérito, sino de la interpretación, como de seguidas se indicó en dicha sentencia, del artículo 200 Constitucional, cuando expresó *“por lo que resulta obvio que el presente proceso penal se inició antes de que el procesado resultara diputado electo a la Asamblea Nacional, lo que ocurrió en el proceso comicial celebrado el 26 de septiembre de 2010, hecho éste que obliga a examinar detenidamente el caso para determinar la procedencia o no del privilegio de la inmunidad, establecido en el artículo 200 de la Constitución.”*

Por tanto, considero que la resolución en el presente asunto, estuvo dirigida a la interpretación literal del artículo 200 de la Carta Fundamental a los efectos de verificar si dicho ciudadano goza o no de inmunidad parlamentaria, es decir, se interpretó una norma constitucional, lo cual tiene atribuida su competencia exclusivamente en la Sala Constitucional.

La exposición de motivos de la Constitución atribuye la competencia al Tribunal Supremo de Justicia en forma privativa -entiéndase en su Sala Plena- el conocimiento de los presuntos delitos cometidos por los diputados, siendo la única autoridad que, previa autorización de la Asamblea Nacional, podrá ordenar la detención o continuar el enjuiciamiento según sea el caso. Resulta claro que se refiere a los diputados en el ejercicio de sus funciones. Asimismo consagra que en el caso de delito flagrante cometido por algún diputado, la autoridad competente pondrá a éste bajo custodia en su residencia y comunicará de manera inmediata el hecho al alto Tribunal.

Por tanto, si el fallo en cuestión estableció que el ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez no tiene inmunidad por no haber entrado en función, es decir, no es un diputado en el ejercicio de sus funciones, no se trata de un antejuicio de mérito, razón por la que no tenía competencia la Sala Plena para conocer del caso.

Siendo así, considero que la competencia debió corresponder a la Sala Constitucional a los efectos de la interpretación del artículo 200 Constitucional y así debió resolverlo la Sala Plena.

II DE LA INMUNIDAD ANTICIPADA

No obstante lo señalado supra, en el supuesto de que esta Sala Plena sí tuviera competencia para interpretar normas constitucionales, quien aquí disiente quiere referirse propiamente al acto de proclamación que señala dicha norma constitucional. En efecto, el título III del Reglamento N° 7 de la Ley Orgánica de Procesos Electorales en materia de Totalización, Adjudicación y Proclamación que rigió para las elecciones de diputados y diputadas para la Asamblea Nacional el pasado mes de septiembre refiere todo lo concerniente sobre el acto de proclamación (artículos 46 al 50 inclusive). Así, en líneas generales dichas normas estipulan que el Consejo Nacional Electoral o la Junta Electoral respectiva proclamará a los candidatos o candidatas ganadores de la elección y les extenderán credenciales. Las Juntas Electorales remitirán a la Junta Nacional Electoral, entre otros, dicha proclamación, a los efectos de su publicación en Gaceta Electoral. Posteriormente, finalizado el proceso, las Juntas Electorales archivarán dichas actas tanto de Totalización, como de Adjudicación y Proclamación.

Ahora bien, la proclamación, (en este caso en específico, de un diputado que haya sido electo para la Asamblea Nacional), es un acto jurídico que emana de un órgano público, a través de la Junta Regional Electoral del estado donde resultó electo. El mismo se realiza, como protección anticipada al órgano, a los efectos de tener certeza de cuál es el candidato o candidata electo. Tal acto es impugnabile, por lo que considero que de ahí la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria establecida por la Carta Magna desde su proclamación. Es decir, cuando el artículo 200 de la Constitución expresamente señala que los diputados o diputadas a la Asamblea Nacional gozarán de inmunidad en el ejercicio de sus funciones desde su proclamación, ello no obsta para que dicha proclamación pueda ser impugnada.

La inmunidad parlamentaria se trata de una prerrogativa autorizada por la Carta Fundamental, y como tal constituye una excepción al derecho a la igualdad y al derecho a la tutela judicial efectiva de las posibles víctimas de estos delitos. Sustrae del fuero de la justicia penal a los miembros del parlamento. Protege la seguridad de sus funciones frente a las pretensiones arbitrarias de los particulares u órganos del Poder Público.

Esa fue la intención del constituyente cuando en la exposición de motivos de la Carta Fundamental expresa que la inmunidad parlamentaria se consagró como una garantía del ejercicio autónomo de las funciones legislativas respecto de los otros poderes y como garantía para el mejor y efectivo

cumplimiento de la función parlamentaria. Indica claramente que la inmunidad sólo está referida al ejercicio de las funciones parlamentarias “desde el momento de la proclamación por parte del órgano electoral competente hasta la conclusión del mandato”; y por último señala que su desconocimiento por parte de los funcionarios públicos ocasiona sanciones de naturaleza penal que el legislador deberá establecer en la ley correspondiente.

En todo caso si el constituyente hubiese querido que los diputados tuvieran inmunidad sólo a partir del momento en que pasaran a cumplir efectivamente sus funciones, no haría ninguna referencia al acto de proclamación; pero al hacerlo, está confiriendo una protección anticipada al órgano, pues habiendo certeza desde la proclamación, de quienes conformarán el poder legislativo, se pudieran intentar medidas judiciales en contra del diputado y así afectar la conformación de ese cuerpo.

III DE LA SOBERANÍA POPULAR

En último lugar es importante resaltar la voluntad del pueblo que es el que ejerce y tiene la soberanía. En este sentido cabe preguntarse ¿Hasta qué punto puede una decisión judicial revocar o violar el mandato del pueblo que es el beneficiario de la soberanía?

La soberanía es el ejercicio de la voluntad general. El soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder puede ser transmitido, pero no la voluntad. La voluntad es general o no lo es. Es la parte del pueblo o solamente una parte de él. En el primer caso, esta voluntad declarada es un acto de soberanía; en el segundo, no es sino una voluntad particular.

Es un hecho notorio y comunicacional, las elecciones efectuadas el pasado 26 de septiembre en nuestro país. Por ello estimo que, siendo la soberanía uno de los elementos más representativos del Poder del Estado, y es el pueblo, quien lo detenta y ejerce por medio de los órganos destinados para tal fin, el resultado de dicha elección con relación al diputado electo en el presente caso para la Asamblea Nacional, se estaría viendo mermada con la decisión que antecede, toda vez que, dicho fallo, una vez que interpretó la norma constitucional que consagra la inmunidad parlamentaria resolvió que la misma procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario, y no desde la proclamación, lo cual conllevó a la continuación del juicio ya iniciado en el caso del ciudadano Hernán Claret Alemán Pérez, con un futuro incierto hasta el inicio del ejercicio de su función como parlamentario, enervando así una decisión emitida por el pueblo, en un acto de soberanía, como lo es el ejercicio del voto.

En este sentido, considero que con dicha decisión se está contrariando la voluntad del pueblo. Ahora bien, por cuanto la mayoría sentenciadora interpretó el artículo 200 Constitucional al establecer que la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria procede a partir del ejercicio efectivo de sus funciones como parlamentario, es que disiento del fallo in comento. Quedan en estos términos expresadas las razones de mi *voto salvado*.

Caracas, en fecha *ut supra*.

La Presidenta,
LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Primer Vicepresidente, El Segundo Vicepresidente,
OMAR ALFREDO MORA DÍAZ LUIS ALFREDO SUCRE CUBA

Los Directores,
EVELYN MARRERO ORTIZ
YRIS ARMENIA PEÑA ESPINOZA ELADIO RAMÓN APONTE APONTE

Los Magistrados,

FRANCISCO CARRASQUERO LÓPEZ YOLANDA JAIMES GUERRERO

LUIS MARTÍNEZ HERNÁNDEZ ISBELIA PÉREZ VELÁSQUEZ

DEYANIRA NIEVES BASTIDAS JUAN RAFAEL PERDOMO

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ LEVIS IGNACIO ZERPA

HADEL MOSTAFÁ PAOLINI ANTONIO RAMÍREZ JIMÉNEZ

CARLOS ALFREDO OBERTO VÉLEZ BLANCA ROSA MÁRMOL DE LEÓN

ALFONSO VALBUENA CORDERO EMIRO GARCÍA ROSAS

RAFAEL ARÍSTIDES RENGIFO CAMACARO FERNANDO RAMÓN VEGAS TORREALBA

JUAN JOSÉ NÚÑEZ CALDERÓN LUIS ANTONIO ORTIZ HERNÁNDEZ

HÉCTOR CORONADO FLORES LUIS EDUARDO FRANCESCHI GUTIÉRREZ

CARMEN ELVIGIA PORRAS DE ROA MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN MIRIAM DEL VALLE MORANDY MIJARES

ARCADIO DELGADO ROSALES

La Secretaria,

OLGA M. DOS SANTOS P.