

Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana

Humberto Antonio Sierra Porto*

I. BREVE EXPLICACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

De acuerdo con la Constitución de 1991, dos son las funciones principales de la Corte Constitucional (cc) en Colombia.

La primera es, a grandes rasgos, el control de constitucionalidad de las normas con fuerza y rango de ley¹, tales como las leyes en sentido estricto —expedidas por el Congreso de la República—, los decretos leyes —emitidos por el Presidente en virtud de la delegación limitada y temporal hecha por el Congreso— y los decretos legislativos dictados con ocasión de la declaratoria de un estado de excepción, así como el decreto mismo que lo declara. También se incluyen aquí los tratados internacionales ratificados por Colombia y sus respectivas leyes aprobatorias.

El control que se realiza es abstracto pues no está conectado con la aplicación de la norma a un caso particular. En algunas ocasiones es automático, como en los casos de los tratados internacionales, los decretos relativos a los estados de excepción o algunos tipos especiales de leyes, pero la regla general es el control rogado mediante una acción pública de inconstitucionalidad que puede ser presentada por cualquier ciudadano. En las hipótesis de control automático el control es integral; en otras palabras, supone la comparación con el texto completo de la Constitución y el denominado bloque de constitucionalidad², mientras que el control rogado está circunscrito a las normas constitucionales que se han señalado como

* Magistrado de la Corte Constitucional colombiana. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

1 Véase el art. 241 de la Constitución colombiana de 1991.

2 Según la jurisprudencia reiterada de la cc, el art. 93 de la Constitución incluye como parámetro de constitucionalidad los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y otras normas internacionales y nacionales.

transgredidas por el ciudadano en la demanda de inconstitucionalidad. Las sentencias de constitucionalidad —identificadas por la letra C seguida de un número y del año— tienen efectos *erga omnes* y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional³.

La otra gran función de la CC es la revisión de los fallos emitidos por los jueces inferiores respecto de las acciones de tutela⁴. La acción de tutela es el mecanismo sumario e informal de protección de derechos fundamentales en Colombia⁵. Puede ser presentada por cualquier persona ante cualquier juez, sin consideración de la especialidad. Todos los fallos de tutela emitidos en el país llegan a la CC una vez que se han surtido las dos instancias o ha quedado firme la decisión de primera instancia debido a que no se ha presentado apelación. La Corte, mediante un proceso interno y discrecional, selecciona algunas de esas sentencias para revisión, al cabo de lo cual emite una sentencia —que se identifica con la letra T seguida de un número y el año— en la que confirma o revoca la decisión tomada por los jueces inferiores. De esta forma, fija la interpretación de los derechos fundamentales con el objetivo de que los demás jueces la sigan en el futuro.

II. LOS FALLOS RESEÑADOS

Los fallos de constitucionalidad y de tutela que se reseñan a continuación han sido escogidos por representar recientes avances en lo que toca a la interpretación de los derechos fundamentales de grupos tradicionalmente discriminados, como las mujeres, los indígenas y la población vulnerable por su situación económica, o por estar relacionados con la vigencia de los derechos fundamentales en situaciones de conflicto armado y posconflicto, tema que actualmente es de vital importancia para Colombia.

1. De la despenalización parcial del aborto al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho reproductivo

La sentencia C-355 de 2006 despenalizó el aborto: i) cuando esté en peligro 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

3 Art. 243 de la Constitución colombiana de 1991.

4 Véase el art. 241.9, *ibíd.*

5 Véase el art. 86, *ibíd.*

el embarazo sea resultado de violación, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto, conductas que deben ser debidamente denunciadas.

El punto de partida de la decisión fue que ninguno de los valores, principios o derechos constitucionales fundamentales —ni siquiera la vida— 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. Se precisó que 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, pudiendo incluso acudir al derecho penal para esos efectos. No obstante, la anterior posibilidad —dijo la Corte— no puede infringir los derechos de la mujer gestante a la dignidad, al libre desarrollo de su personalidad, a estar libre de toda suerte de discriminación injustificada y de violencia, a la vida y a la salud integral, que incluye así mismo la salud sexual y reproductiva. Se concluyó así que conferir un amparo absoluto al valor de la vida del *nasciturus* hasta el punto de penalizar el aborto en todos los casos 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. En consecuencia, se despenalizó en los supuestos antes referidos.

A partir de esta decisión, la jurisprudencia constitucional ha avanzado no solo en delimitar el alcance y los requisitos para proceder al aborto legal sino en darle la estructura de derecho fundamental, fijando su contenido y las correlativas obligaciones del Estado.⁶

Tal evolución se concretó especialmente en la sentencia T-585 de 2010 en la que se determinó que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, se reconoció un derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), en los casos despenalizados. Se expresó que este derecho pertenece a la categoría de los derechos reproductivos, los cuales ya habían sido reconocidos como fundamentales por la jurisprudencia constitucional. Así, la IVE es susceptible de ser exigida por medio de la acción de tutela. Del mismo modo, el Estado y los particulares que participan del sistema de salud tienen obligaciones de respeto y garantía frente al

6 Véanse las sentencias T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, entre otras.

mismo, que se concretan, por ejemplo, en no obstaculizar imponiendo requisitos adicionales a los indicados en la sentencia C-355 de 2006 y en realizar un diagnóstico médico oportuno a la gestante, con el objetivo de determinar si su vida o salud mental o física están en peligro.

La sentencia más reciente (T-841 de 2011) sigue la misma línea evolutiva. Aclara que los jueces de tutela siempre deben proteger la identidad de las mujeres que solicitan la IVE en aras de garantizar su intimidad y el acceso a la justicia. También, de forma general, señaló que las solicitudes de IVE deben practicarse en 5 días, siempre que médicamente sea posible, con el objetivo de evitar que, por el retardo, avance la gestación y se haga más peligroso el procedimiento o incluso se presente el nacimiento. Se aclaró que, en ausencia de norma legal o reglamentaria, 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. Finalmente, se condenó a la empresa promotora de salud a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a una menor de edad por la negativa ilegítima de la IVE.

2. El derecho al agua como derecho social fundamental

En la sentencia T-740 de 2011 se reiteró y desarrolló la jurisprudencia constitucional con respecto al derecho al agua. Se señaló que, en el ordenamiento jurídico colombiano, además de ser un servicio público es un derecho fundamental, frente al cual el Estado tiene las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. Se precisó así mismo que se debe garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad del agua.

Específicamente frente a la disponibilidad y accesibilidad, se estudió la conducta de las empresas prestadoras del servicio de acueducto, las que —ante la falta de pago de los usuarios— suspenden el servicio. Se reiteró que 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 lo son los centros penitenciarios, las instituciones educativas o los hospitales; o iii) cuando las personas perjudicadas son sujetos de especial protección constitucional.

En lo relativo a la tercera hipótesis, se determinó que estas empresas deben continuar prestando el servicio porque su suspensión restringe la posibilidad de que este sector de la población, que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, satisfaga sus necesidades personales y domésticas, como la prepa-

ración de alimentos, la higiene personal y del hogar. En caso de que la persona no pueda cancelar de manera inmediata, la entidad deberá mantener la prestación del servicio y, con la aquiescencia del usuario, elaborar acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles teniendo en cuenta su capacidad económica. Si los acuerdos son incumplidos, y el usuario manifiesta y prueba que no cuenta con la capacidad económica para hacerse cargo del pago, la empresa prestadora deberá instalar 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. La empresa, agotado este procedimiento, podrá ejercer las acciones judiciales correspondientes. Con ello se concilian el principio de solidaridad que inspira la prestación de los servicios públicos y el derecho fundamental al agua de los usuarios que son sujetos de especial protección y que se encuentran en imposibilidad de pago, pues se garantiza el acceso a unas cantidades mínimas de agua y se asegura el recaudo de los recursos que son necesarios para la operatividad del sistema.

3. Del derecho a la consulta previa al derecho de las comunidades étnicas al consentimiento libre, previo e informado

Con base en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —que hace parte del bloque de constitucionalidad—, la jurisprudencia constitucional ha determinado que cualquier medida —legislativa o administrativa— que afecte de forma directa a las comunidades étnicas les debe ser consultada previamente.

Dentro de las medidas legislativas, además de las leyes, ha incluido a los tratados internacionales y los actos legislativos reformativos de la Constitución. Así, en la sentencia C-702 de 2010 declaró inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2009 que modificaba el artículo 108 de la Constitución sobre el aval de candidatos por parte de los partidos y movimientos políticos que gocen de personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas, por no haber surtido el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas. De modo similar, en la sentencia C-608 de 2010, se precisó que, en el caso de los tratados internacionales, debe llevarse a cabo la consulta antes del sometimiento del instrumento internacional por parte del Presidente al Congreso, 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, lo cual podría llevar a la necesidad de renegociarlo.

En lo que toca a las medidas administrativas, es relevante mencionar la sentencia T-745 de 2010 en la que varias comunidades negras asentadas entre el municipio de Cartagena y la isla de Barú impetraron tutela en contra de la Alcaldía debido a que no fueron consultadas previamente a la iniciación de un proyecto para la construcción y mejoramiento de la vía transversal Barú. Una vez determinada la incidencia directa de la obra en las dinámicas propias de estos grupos étnicos, se ordenó la suspensión del proyecto respectivo.

Más recientemente, la jurisprudencia constitucional a este respecto ha empezado a modificarse. Según la sentencia T-129 de 2011, al menos en algunos casos, la consulta previa se debe dirigir a conseguir el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades. En esta sentencia fue resuelta una tutela impetrada por los resguardos indígenas de Embera-Katío y Chidima-Tolo a raíz de que la construcción de una carretera que atravesaba su territorio (el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá) y los trámites relativos a la concesión para la explotación de oro en la zona, no les habían sido consultados previamente.

Una vez interpretadas las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas se concluyó que el Estado no solo está obligado a la consulta sino a lograr el consentimiento de las comunidades, especialmente cuando se trate de obras de infraestructura o que generan la ocupación de sus tierras y el desplazamiento correspondiente, obligación que no solo es previa sino igualmente predicable durante el desarrollo de la obra o proyecto. En consecuencia, se resolvió ordenar al Ministerio del Interior y de Justicia iniciar los trámites de la consulta previa, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad. Entre tanto, ordenó suspender la ejecución de las obras en el territorio de las comunidades. Además, se ordenó al mismo Ministerio financiar la traducción de las órdenes dictadas a la lengua Embera y suministrar copias de la misma como medida simbólica. Finalmente, se exhortó al Congreso para que regule y materialice el derecho fundamental a la consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado de los grupos étnicos.

4. Los derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano en el marco de la justicia transicional

Mediante la sentencia C-936 de 2010, se resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra la ley n.º 1.312 de 2009. Esta ley reformaba el Código Penal con el fin de permitir la aplicación del principio de oportunidad a los desmovilizados de grupos armados que no fueron postulados a la Ley de Justicia y Paz y a quienes no se po-

día aplicar la ley n.º 782 de 2000, debido a que habían incurrido en concierto para delinquir, delito que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es de lesa humanidad y, por tanto, no puede indultarse. La ley prescribía que, para aplicar el principio de oportunidad, el desmovilizado debía aceptar que había hecho parte del grupo armado. Además, excluía de su aplicación los delitos de lesa humanidad.

La demanda presentaba básicamente dos cargos. En el primero de ellos planteaba que, al ser el concierto para delinquir un delito de lesa humanidad, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no se podía aplicar el principio de oportunidad. En el segundo sostenía que la ley no condicionaba la aplicación del principio de oportunidad a la satisfacción de los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas. La Corte declaró inexecutable la norma demandada. Sostuvo que no se trataba de una ley de justicia transicional y que, como no se respetaban los derechos a la verdad y a la reparación de las víctimas, se contrariaba la Constitución.

A raíz de esta decisión, se expidió la ley n.º 1424 de 2010, en la cual se crea un mecanismo no judicial de contribución a la verdad y la memoria histórica. Los desmovilizados antes mencionados deberán acudir a este mecanismo para relatar la verdad de lo sucedido y ofrecer reparación a las víctimas, después de lo cual se les podrá suspender condicionalmente de la ejecución de la pena. Esta ley fue demandada con argumentos similares, pero esta vez la Corte, mediante sentencia C-771 de 2011, consideró que sí se trataba de una ley de justicia transicional y que los derechos de las víctimas a la verdad y a la reparación habían sido satisfechos, razón por la cual la declaró executable.

III. CONCLUSIONES

Cada vez más la labor de la CC en Colombia se centra en fijar, tanto en sentencias de constitucionalidad como en sentencias de tutela, la interpretación de los derechos fundamentales de grupos minoritarios o tradicionalmente discriminados, como las mujeres, los indígenas y las personas de escasos recursos económicos. Los pronunciamientos sobre el contenido general de los derechos fundamentales, que fueron tan importantes en los primeros años de existencia de esta Corporación, han perdido paulatinamente su protagonismo.

En esta evolución, el derecho internacional de los derechos humanos ha resultado un insumo de indudable importancia. Todas las sentencias reseñadas tienen alguna referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos del sistema universal de Naciones Unidas y del sistema regional de la Organización de Estados Americanos, así como a las interpretaciones que de ellos han hecho los

respectivos organismos competentes, tales como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, la intención de superar el conflicto armado que ha vivido Colombia y de reparar las consecuencias que ha dejado en materia de derechos fundamentales ha originado una explosión de leyes en este sentido, las cuales han sido objeto de control de constitucionalidad por parte de la CC. Esto le ha dado la oportunidad de tocar temas tan importantes como los derechos de las víctimas del conflicto armado en el marco de la justicia transicional. En este sentido, se puede avizorar que por un buen tiempo estará lidiando con estos tópicos y, así, tendrá un papel importante en la superación de las consecuencias del conflicto armado colombiano.