



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 168

Bogotá, D. C., viernes, 24 de marzo de 2017

EDICIÓN DE 36 PÁGINAS

DIRECTORES:	GREGORIO ELJACH PACHECO SECRETARIO GENERAL DEL SENADO www.secretariasenado.gov.co	JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA www.camara.gov.co
-------------	---	---

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## SENADO DE LA REPÚBLICA

### PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

Bogotá, D. C., 22 de marzo de 2017

**PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO  
NÚMERO 14 DE 2017 SENADO**

por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.

Doctor

GREGORIO ELJACH PACHECO

Secretario General

Senado de la República

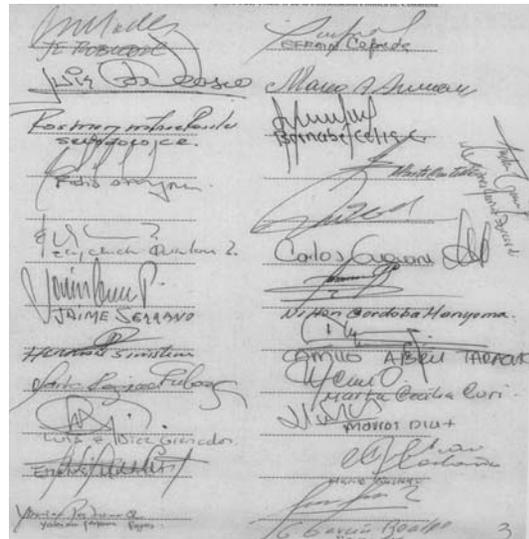
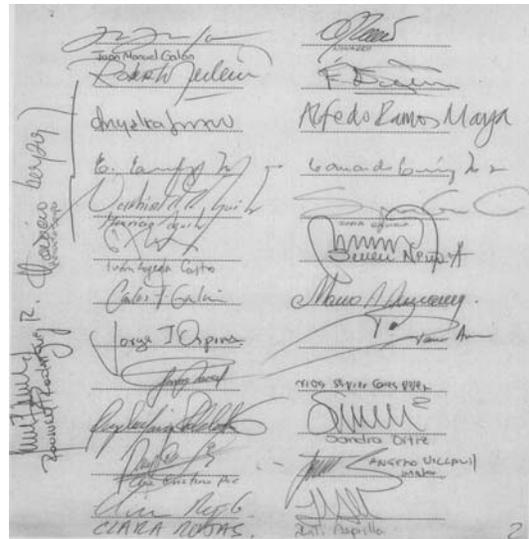
Ciudad.

**Referencia: Proyecto de Acto Legislativo, por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.**

Respetado doctor **Eljach Pacheco:**

Radico ante usted el presente Proyecto de Acto Legislativo, por medio del cual se incluye un artículo nuevo, dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia” con el cual buscamos elevar el uso y disfrute humano del agua a la categoría de derecho fundamental dentro de nuestra Constitución para iniciar el trámite correspondiente y cumplir con las exigencias dictadas por la ley.

Cordialmente,



**PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO  
NÚMERO 14 DE 2017 SENADO**

por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia.

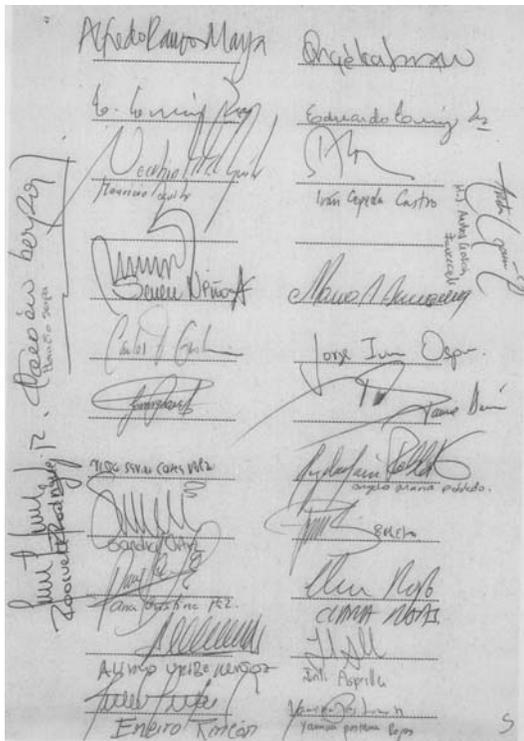
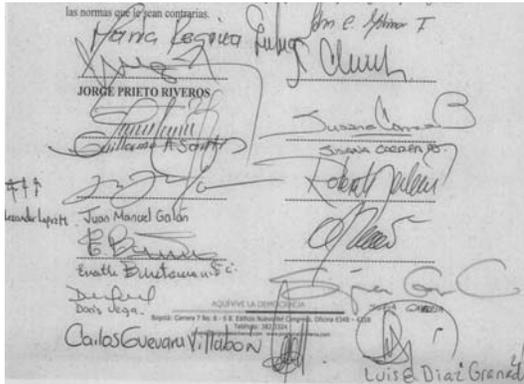
El Congreso de Colombia

DECRETA:

**Artículo 1°.** Inclúyase el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución, el cual quedará así:

*Artículo 11 A. Todo ser humano en el territorio nacional tiene derecho al agua, en condiciones de accesibilidad, calidad y disponibilidad. Su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica, para lo cual el Estado garantizará la protección y recuperación de los ecosistemas del recurso hídrico conforme al principio de progresividad.*

**Artículo 2°.** El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación y deroga todas las normas que le sean contrarias.



**CONTENIDO**

1. Objetivo del Acto Legislativo
2. Consideraciones Generales
  - 2.1. El recurso hídrico en el mundo
  - 2.2. El agua como recurso esencial para la vida
  - 2.3. La protección del patrimonio natural colombiano
  - 2.4. El agua es un servicio público garantizado por el Estado colombiano
  - 2.5. El agua frente al aprovechamiento económico de los recursos naturales
  - 2.6. Impactos ambientales del uso del agua
3. Naturaleza Jurídica del Derecho al Agua
  - 3.1 Requisitos esenciales para que un derecho sea considerado un derecho fundamental
  - 3.2 El agua, la seguridad alimentaria y la dignidad humana
  - 3.3 El agua es un derecho fundamental por conexión con los derechos a la vida y al ambiente sano
  - 3.4 Posiciones subjetiva u objetiva de la Corte Constitucional
4. Marco Normativo
  - 4.1 Constitución Política Colombiana de 1991
  - 4.2 Código Civil
  - 4.3 Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente
  - 4.4 La Ley 99 de 1993

## 5. Antecedentes Legislativos del Agua como Derecho Fundamental

5.1 Proyecto de ley número 171 de 2008 de Cámara, por medio del cual se convoca a un referendo constitucional para consagrar el derecho al agua potable como fundamental y otras normas concordantes.

5.2 Proyecto de Acto Legislativo número 054 de 2008 de Cámara, por el cual se consagra el derecho humano al agua y se dictan otras disposiciones.

5.3 Proyecto de ley número 047 de 2008 de Cámara, por la cual se consagra el derecho humano al agua y se dictan otras disposiciones.

5.4 Proyecto de Acto Legislativo número 11 de 2016 Senado-260 de 2016 Cámara, “por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia”.

## 6. Bloque de Constitucionalidad y Derecho Comparado

### 6.1 Bloque de constitucionalidad

A. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

B. La Declaración de Estocolmo (1972) sobre el Medio Humano

C. La Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de la Unesco, 1997

D. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Declaración de Johannesburgo)

E. Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992

F. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo

### 6.2 Derecho comparado

#### 7. Alcance del proyecto de acto legislativo

7.1 Acceso al agua como derecho fundamental.

7.2 Busca la disminución de impactos ambientales por el uso del agua en actividades productivas

7.3 No busca la gratuidad del Servicio Público

7.4 La Regla de Sostenibilidad Fiscal no se puede invocar como un impedimento para reconocer Derechos Fundamentales.

7.4 No generará una Tutelación

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### 1. Objetivo del Acto Legislativo

*“Si el no reconocimiento de un derecho fundamental innominado conlleva una consecuencia contraria a la Constitución, entonces se hace jurídicamente necesario su reconocimiento”<sup>1</sup>.*

Con el objeto de fortalecer la protección del derecho al acceso al agua como recurso natural, esta iniciativa legislativa pretende establecer “el agua como

derecho fundamental, dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia”, teniendo en cuenta que el agua es un elemento del que deben gozar todos los seres humanos de esta y las generaciones futuras. Como resultado de ello, el Estado está en la obligación de velar por su conservación y desarrollo sostenible y garantizar a la población el acceso al agua para atender sus necesidades básicas.

Una manera efectiva para proteger y garantizar la sostenibilidad de su uso es darle categoría de derecho fundamental, equiparándola a una norma no negociable y poniéndola por encima de los modelos económicos de mercado y los intereses particulares y haciendo énfasis en su carácter de recurso de carácter estratégico para el desarrollo económico, social, cultural y fundamental para la misma existencia del ser humano.

## 2. Consideraciones generales

### 2.1. El recurso hídrico en el mundo

Se ha determinado que el 97.5% del agua en el mundo es salada. El 2.5% corresponde a agua dulce. De este porcentaje, el 79% se encuentra en estado sólido. Del agua dulce en estado líquido del planeta, el 20% se encuentra en acuíferos de difícil acceso, y solo el 1% del agua dulce en el mundo se encuentra en forma de arroyos y ríos.

Por otro lado, en los estudios sobre los balances hídricos del planeta, realizados por el Instituto Geológico y Minero de los EU, solamente el 0.007% de las aguas dulces se encuentran realmente disponibles a todos los usos humanos directos. De este pequeño porcentaje dependen procesos naturales y sociales vitales para la subsistencia del ser humano.

La incertidumbre sobre el acceso al recurso hídrico de las generaciones presentes y futuras para su consumo, uso doméstico y agrícola son una realidad a nivel nacional; por ello el Estado debe tomar las medidas preventivas para evitar tanto el desabastecimiento como la contaminación del agua y lograr su conservación y su sostenibilidad, teniendo en cuenta que todos los seres vivos y la misma existencia del planeta dependen del agua.

### 2.2. El agua como recurso esencial para la vida

En diversos estudios se ha determinado que el ser humano no puede sobrevivir más de 5 días sin agua. El consumo aproximado de la cantidad de agua que requiere un ser humano para subsistir es de tres (3) litros de agua por persona al día, pero sube a 50 litros para saneamiento básico, aseo del hogar y la preparación de alimentos.

En torno al agua no solo se suplen las necesidades básicas de supervivencia, también se desarrollan actividades económicas, culturales, de recreación y para algunas etnias también actividades religiosas.

En algunas regiones sus habitantes viven exclusivamente de actividades como la pesca o del turismo; si bien las comunidades hacen lo imposible por tratar de proteger los recursos hídricos, su esfuerzo no resulta suficiente, pues no cuentan con las herramientas necesarias para que el derecho al agua para el consumo en actividades humanas prime sobre el

<sup>1</sup> Arango, Rodrigo. “El mínimo vital como índice de justicia entre particulares”, en: Derecho Constitucional perspectivas críticas, Ed. Legis, 2001, p. 188.

uso en actividades económicas que la contaminan y utilizan de manera indebida.

Este es un vacío en la legislación colombiana, pues el uso prioritario del agua debe ser el consumo humano para garantizar la supervivencia del ser humano de esta y las futuras generaciones y la realización de su vida social, económica y cultural.

### 2.3. La protección del patrimonio natural colombiano

Según la FAO en el ranking de países con mayor disponibilidad de recursos hídricos renovables del Sistema de Información Global sobre el Agua, Colombia es el séptimo país con mayor disponibilidad de recursos hídricos en el mundo, a pesar de los problemas actuales relacionados con el desabastecimiento de agua y la afectación de fuentes hídricas naturales. Adicionalmente, Colombia es el país con mayor superficie de páramos en el mundo, hace parte de los nueve países que concentran el 60% del agua dulce del mundo.

**Ranking de países por disponibilidad de recursos hídricos en km<sup>3</sup>**

Puesto	País	Km <sup>3</sup>
1.	Brasil	8.233
2.	Rusia	4.507
3.	Estados Unidos	3.051
4.	Canadá	2.902
5.	Indonesia	2.838
6.	China	2.830
7.	Colombia	2.132
8.	Perú	1.913

Fuente: FAO, 2015.

Colombia durante décadas fue el país con más recursos hídricos después de Canadá, Rusia y Brasil; pero en los últimos años ha venido descendiendo en los índices del patrimonio hídrico por causa de la contaminación del agua generada por factores antrópicos, su uso inadecuado por parte de las empresas industriales, el tratamiento inadecuado de las aguas residuales, la deforestación y el cambio climático, entre otros.

Tal es el caso de los páramos, lagos, lagunas, morichales, ríos, etc., que se encuentran en peligro debido a la exploración y explotación de recursos naturales no renovables por parte de las industrias minera y petrolera, sin estudios previos sobre el estado y ubicación de las aguas conexas. Ejemplo de ello lo vivió el departamento de Casanare con la pérdida de cientos de chigüiros y otras especies nativas; o, en Tumaco, la población piscícola se ha visto gravemente afectada. Lo anterior, sin mencionar los perjuicios sociales y económicos de sus habitantes, que terminan siendo mayores que los beneficios de regalías que perciben los departamentos.

Adicionalmente, otras actividades se constituyen como factores de deterioro de las fuentes hídricas así: la tala indiscriminada de árboles, los asentamientos humanos de manera no planificada, los rellenos sanitarios de basura, el mal manejo de las aguas servidas y residuales, la actividad agrícola y ganadera sin planificación ambiental, entre otras actividades,

están atentando no solo contra la salud, sino contra el derecho al agua.

Los Estados ya son conscientes de la necesidad de tratar el agua como derecho fundamental, y para ello se han firmado Convenciones y Acuerdos Internacionales tendientes a proteger el agua, las cuales revisaremos en el transcurso de este texto.

### 2.4. El agua es un servicio público garantizado por el Estado colombiano

El Estado colombiano expidió la Ley 142 de 1994, la cual en su artículo 5° establece que *cada municipio del país tiene el deber de asegurar a todos sus habitantes la prestación eficiente y continua de los servicios públicos domiciliarios, como acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas combustible y telefonía a través de empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por el respectivo municipio.*

El artículo 1° del Decreto número 753 de 1956, “por el cual se sustituye el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo”, estableció que servicio público es “toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas.”. En armonía con lo anterior, la Ley 142 de 1994, en su artículo 14, numeral 14.22 estableció la siguiente definición de servicio público domiciliario de acueducto: “Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte”.

Se entiende el derecho al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. El fundamento jurídico de este derecho, además de reposar en varios textos de tratados internacionales sobre derechos humanos, supone que a cada ciudadano se le proteja, respete y garanticen las siguientes tres facetas de este derecho: (i) el derecho a disponer, y a (ii) acceder a cantidades suficientes de agua y, además, que el mismo sea (iii) de calidad para los usos personales y domésticos”.

En torno a dichas condiciones, el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas** ha indicado lo siguiente<sup>2</sup>:

**1. La disponibilidad.** El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten

<sup>2</sup> ONU. Observación General número: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

**2. La Calidad.** 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. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

**3. La Accesibilidad.** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

**3.1. Accesibilidad Física.** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben estar al alcance físico de todos los sectores de la población. 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. Todos los servicios e instalaciones de agua deben ser de calidad suficiente y culturalmente adecuados, y deben tener en cuenta las necesidades relativas al género, el ciclo vital y la intimidad. La seguridad física no debe verse amenazada durante el acceso a los servicios e instalaciones de agua.

**3.2. Accesibilidad económica.** El agua y los servicios e instalaciones de agua deben estar al alcance de todos. Los costos y cargos directos e indirectos asociados con el abastecimiento de agua deben ser asequibles y no deben comprometer ni poner en peligro el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto.

**3.3. No discriminación.** 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. Esta fue la posición adoptada por la Corte al establecer que ninguna fuente de agua puede ser utilizada de manera que el líquido logre abastecer solo a algunas personas, y se deje sin provisión a otros.

**3.4. Acceso a la información.** La accesibilidad comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua.

La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del derecho al agua como fundamental, así, en Sentencia C-220 de 2011 estableció que:

*“Dada la importancia del agua y su protección reforzada a nivel constitucional, esta Corporación en diversas oportunidades ha reconocido que el derecho al agua es un derecho fundamental. El contenido de este derecho ha sido precisado por la Corte de conformidad con la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de la siguiente manera: ‘el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico’”<sup>3</sup>.*

En este mismo sentido, la más reciente sentencia de la Corte Constitucional sobre el tema, Sentencia T-445 de 2016, reitera la importancia de la condición de accesibilidad al agua al referirse a la necesidad de proteger los ecosistemas y a la necesidad de identificar y corregir las principales causas de desperdicio en la utilización del agua, y formular y mantener una política en relación con el uso, la ordenación y su conservación.

Ello también se evidencia en la Sentencia C-035 de 2016, según la cual:

*“Uno de los motivos por los cuales los ecosistemas de páramo son considerados ecosistemas estratégicos, es su proximidad a centros poblados con alta densidad demográfica. Ello permite que los ecosistemas de páramo sean una de las principales fuentes de captación del recurso hídrico porque el transporte y suministro del mismo es más sencillo y económico, toda vez que el agua no debe recorrer grandes distancias para ser llevada a los lugares de donde se capta para su posterior utilización y se canaliza y/o distribuye mayormente por efecto de la gravedad”.*

*“En esa medida, el páramo no solo debe ser protegido en tanto que es un recurso de la naturaleza, sino en atención a los servicios ambientales que presta, los cuales resultan estratégicos para contribuir a mitigar el cambio climático y a **garantizar el acceso al agua potable**”.*

*“A partir de lo anterior, destaca la Sala que el derecho fundamental al agua se hace efectivo mediante el cumplimiento de las obligaciones del Estado de garantizar la disponibilidad, **accesibilidad** y calidad de recurso. Así mismo, para que el Estado pueda cumplir con dichas obligaciones, es necesario que se brinde protección especial a los ecosistemas **que ‘producen’** tal recurso como el páramo, pues como se dijo con anterioridad esta es una de las principales fuentes de abastecimiento de agua en el país, especialmente en las ciudades grandes y medianas”.*

En consecuencia, el presente proyecto de Acto Legislativo tiene por objeto el reconocimiento constitucional al **derecho al agua, a partir de un enfoque biocéntrico en el que se respeta tanto el derecho a acceder al agua de los seres humanos** como la correlativa garantía de protección y conservación de los ecosistemas que producen dicho recurso natural, esencial para la supervivencia del medio ambiente y de los seres que lo habitan, en seguimiento a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.

## **2.5. El agua frente al aprovechamiento económico de los recursos naturales**

En Sentencia C-983 de 2010, la Corte ha reiterado lo establecido en los artículos 332, 334, 360 y 80 de la Constitución Política, en cuanto a que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables y en relación a la facultad de intervención del Estado en la explotación de los recursos naturales y uso del suelo, así como sobre la planificación, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales.

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-220 de 2011.

Se ha determinado la constitucionalidad del precepto que estatuye que los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o el subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de la exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los terrenos donde se encuentren sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos étnicos. En relación con estas disposiciones superiores ha manifestado también la jurisprudencia de la Corte que el Estado, como propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, tiene la obligación de la conservación de estos bienes y, de otro lado, del usufructo de los derechos económicos que se deriven de su explotación. Sin embargo, en virtud de los objetivos macroeconómicos del gobierno, se ha creado una brecha entre el deber de la protección, garantía y conservación de los recursos naturales por parte del Estado que pone en peligro la conservación de los ecosistemas estratégicos y del recurso agua para las futuras generaciones.

El Estado se encuentra facultado para intervenir por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes con el fin de lograr el crecimiento económico y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, pero a través de los años hemos visto el daño ambiental que produce la exploración y explotación indiscriminada de nuestros recursos no renovables, especialmente en el más importante y vital para la supervivencia y desarrollo de las naciones: el agua. A pesar de las disposiciones de compensación establecidas en la ley por usos de agua, el recurso se ve amenazado en su calidad y cantidad por parte de las actividades económicas y el desperdicio por parte de los usuarios.

El derecho internacional y el derecho nacional han promovido una serie de políticas de planificación dirigidas a la protección ambiental y de la biodiversidad, en armonía con el aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 80 C. P.). Todo lo anterior, en el marco de la función ecológica de la propiedad (artículo 58 C. P.), el respeto por el derecho a un medio ambiente sano, y la protección del medio ambiente, y de conformidad con los tratados internacionales que en materia ecológica se han ratificado (artículos 9°, 94 y 226 C. P.).

Para explotar estos recursos se han creado mecanismos legales como los contratos de concesión que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en

cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

Sin embargo, como se decía más arriba, este carácter retributivo del uso del agua ha alentado su uso indebido con el precepto del que “contamina paga” a todas luces descontextualizado en una época de cambio climático donde el agua se vuelve un factor estratégico para el desarrollo económico, social y cultural y la supervivencia humana.

Por eso necesitamos urgentemente el control, vigilancia, protección, explotación y buen manejo del recurso agua estableciendo a nivel nacional políticas estratégicas de conservación y modos de producción que garanticen la protección de nuestro recurso hídrico. La concesión minera es un acto jurídico complejo que se perfecciona con la firma de un contrato por parte del Estado como concedente y el particular como concesionario, después de haberse cumplido con unos requisitos mínimos exigidos por la normatividad. Esto establece que cualquier persona natural o jurídica puede adquirir un contrato de concesión desconociendo lo importante que son los recursos naturales, desprotegiendo, abandonando, sacrificando, exponiendo la naturaleza a las peores tragedias causadas por el ser humano, dado que no existe un mecanismo legal que proteja al agua como derecho fundamental y duradero para las futuras generaciones.

## 2.6. Impactos ambientales del uso del agua

La protección al medio ambiente es un tema que se encuentra contemplado en la agenda global, por eso Colombia en materia de crecimiento económico no puede desconocer el derecho internacional, y su legislación debe estar acorde con la protección de los recursos naturales. De aquí la necesidad de implementar un verdadero modelo de desarrollo sostenible.

Es indispensable, con el ánimo de esclarecer tanto los derechos de propiedad de los recursos hídricos, el mercado y el Estado, no crear estrategias de sanción y de penalización a quienes contaminen, sino establecer las pautas necesarias para la prevención y mitigación de la contaminación medioambiental. Por consiguiente, se expondrá información y estadísticas relacionadas con los daños ambientales causados por el hombre en los últimos años, los páramos que se encuentran en grave riesgo y el impacto de la explotación minera desarrollada.

### A. Daños ambientales en los páramos en los últimos años

“Derrame de cuatro millones de barriles de crudo que han llegado a suelos y ríos del país desde 1986 (empiezan atentados a Caño Limón - Coveñas)”.

Al año se arrojan más de trescientas toneladas de mercurio a los ecosistemas a causa de la minería.

Ataques terroristas en nueve departamentos del país que han causado graves daños ambientales. Frente a esto la Fiscalía reporta que se adelantan 60 investigaciones en la Unidad de Protección a los Recursos Naturales.

Se reportó por el Ideam y Ministerio de Ambiente que tan solo en 2013 se talaron 120.933 hectáreas de bosques.

El país ha presentado pérdida del 57% de la cobertura vegetal en la Amazonía, en los departamentos de Caquetá, Putumayo, Meta y Guaviare.

Sumado a esto la situación actual de los páramos de Colombia es realmente preocupante, el calentamiento global, la agricultura y la ganadería es desarrollada en los páramos sin ningún control, y el desarrollo de la actividad minera han puesto en riesgo estos ecosistemas y estos están llamados a desaparecer.

La pérdida de extensión en los páramos hace que desaparezca el hábitat de especies como el cóndor de los Andes y el oso de anteojos, al igual que desaparece parte de la flora que solo pertenecen a este tipo de ecosistemas.

Según el reporte de Instituto de Investigación Alexander von Humboldt, el 99% de los páramos del mundo se encuentran en la Cordillera de los Andes, en la Sierra Nevada de Santa Marta y Costa Rica.

Colombia tiene 34 páramos que equivalen al 49% de los páramos del mundo, así que nuestro compromiso con el planeta debe ser mayor, ya que somos un país altamente privilegiado en materia hídrica: Los páramos proveen el agua potable del 70% de la población del país.

#### **La superficie total de los páramos está delimitada de la siguiente manera**

Los 34 páramos ubicados en el país están delimitados con una superficie total de 1.932.395 ha, pero solo el 36% se encuentra en áreas del Sistema Nacional de Parques Naturales protegidos, que corresponde a 709.840 ha. El páramo de Sumapaz, con 226.250 ha, es el más grande del mundo y está ubicado en nuestro país.

El páramo de Sumapaz no solo tiene gran importancia por su riqueza hídrica, su flora y fauna única, sino que también tiene una gran importancia cultural. Para los aborígenes muiscas fue considerado como un lugar sagrado al que los seres humanos no debían perturbar y estaba asociado a la creación y el origen del hombre.

Se prevé una avalancha de proyectos minero-energéticos en la región del Sumapaz con la posibilidad de permitir hacer exploración sísmica o “fracking” y esto genera una gran amenaza al ecosistema. Actualmente, en 22 de los 34 páramos de Colombia los procesos licitatorios con empresas multinacionales interesadas en extraer minerales del subsuelo avanzan rápidamente.

#### **B. Páramos que se encuentran en grave riesgo**

**Santurbán:** Tiene ochenta y un mil hectáreas, gravemente amenazado por el desarrollo de minería y agricultura.

**Pisba:** Abastece de agua las poblaciones de Tasco, Boyacá, pero se ha visto afectada la calidad y cantidad de agua debido a la contaminación y degradación del suelo a causa de la explotación de carbón.

**Almorzadero:** Afectado en casi un sesenta y cuatro por ciento, la causa más importante por la agricultura.

**Guerrero:** Pertenece a la sabana de Bogotá, sufre deforestación y pérdida de páramo debido a la explotación de carbón.

**Cajamarca:** Amenazado por la tala, el desarrollo de minería, ganadería y agricultura.

**Las Hermosas:** En el análisis de noventa y nueve mil hectáreas se destaca entre las actividades que están acabando con este ecosistema: la explotación de oro, quema para desarrollo de ganadería y la caza de animales silvestres.

#### **C. Impacto de la explotación minera desarrollada en los páramos**

El Gobierno nacional tiene la esperanza puesta en la actividad de la minería para impulsar su crecimiento económico. La expedición de licencias ambientales sin discriminación en zonas de páramos ha sido la constante en los últimos años, esto con el fin de incentivar la inversión extranjera en el país.

Lamentablemente nuestra legislación en materia ambiental ha sido escasa, y los gobiernos de turno han estado llenando estos vacíos con decretos reglamentarios que benefician a un sector económico, pero que van en detrimento de lo que en el futuro podría ser nuestro único y más valioso recurso: El agua, indispensable para la vida del planeta y de todos los que lo habitamos.

En el 2008, se realizaron solicitudes en zonas de páramo, y la Defensoría del Pueblo reportó que para 2010 se habían otorgado 391 títulos mineros para la explotación de oro y carbón en áreas de páramo, representadas en 108.972 hectáreas.

Se prohíbe la explotación minera en los ecosistemas de páramos, mediante la Ley 1382 de 2010, que fue reglamentada por el Decreto número 2010. Esta ley se declaró inexecutable posteriormente.

La Ley 1382 de 2010 reformaba el Código de Minas y prohibía la actividad minera en páramos, en áreas protegidas, áreas de reserva forestal, humedales de importancia Ramsar, etc. La Corte Constitucional declaró inexecutable la ley por cuanto no se realizó consulta previa con las comunidades, dio tiempo de dos años para corregir procedimiento, lo cual que no se realizó. La ley se cae en el 2013.

La Ley 1450 de 2014 (PND 2010-2014) prohíbe el desarrollo de explotación agrícola o de exploración o explotación minera o de hidrocarburos, así como también la construcción de refinerías utilizando como referencia mínima la cartografía de atlas de páramo del Instituto de Investigación Alexander von Humboldt.

El Gobierno nacional expidió el Decreto número 934 de 2013, y allí establece que el ordenamiento minero define la actividad minera como una “actividad de utilidad pública de interés social”, luego entonces las autoridades regionales y locales no podrán realizar ningún tipo de restricción a la actividad minera.

Esto solo quiere decir que las autoridades regionales y locales no podían establecer áreas de reserva natural y no podían impedir que en el desarrollo de la actividad minera acabara con ecosistemas importantes, pues los deja con las manos atadas, acabando con la autonomía de los departamentos y los POT.

Es evidente que mediante decretos el Gobierno nacional ha valorado de manera diferente nuestro derecho al agua. Es difícil proteger los ciudadanos de la tiranía de un Estado si no se cuenta con un mecanismo expedito basado en un ordenamiento justo y sin que la balanza se incline del lado del que tiene más poder y no del que tiene la razón.

El Decreto número 934 de 2013 en mención fue demandado y el 18 de septiembre del 2014 el Consejo de Estado suspende el decreto en mención.

El Decreto número 2691 de 23 de diciembre de 2014, expedido por el Presidente de la República, que hace referencia a la definición de mecanismos para viabilizar los acuerdos para las actividades mineras entre las autoridades territoriales y los diferentes ministerios, fue demandado ante el Consejo de Estado y este falló la suspensión provisional del decreto “por el cual se reglamenta el artículo 37 de la Ley 685 de 2001 y se definen los mecanismos para acordar con las autoridades territoriales las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, en desarrollo del proceso de autorización de actividades de exploración y explotación minera”.

La Ley 1753 de 2015, artículo 20, excluye los páramos de las áreas de reserva para el desarrollo minero; sin embargo, en su primer párrafo hace una excepción para los títulos que ya fueron otorgados, lo que quiere decir que cuando se terminen estas licencias, tal vez sea demasiado tarde, y para el futuro todo el territorio podrá ser áreas de reserva para el desarrollo minero, por cuanto ya no quedará nada que proteger. El artículo 173 de esta ley concibe excepciones que permitirían llevar a cabo actividades de explotación, exploración y explotación petrolera en los páramos, siempre que las licencias se hayan expedido con anterioridad pero no podrán renovarse.

El desarrollo de la actividad minera como estrategia económica del país ha traído consigo grandes problemas de carácter ambiental, sin que hasta el momento nadie se haga responsable por ello. La explotación minera está cimentada de manera importante en la explotación de oro, carbón y en la extracción de materiales de construcción, la explotación de minerales en estas áreas ecosistémicas ha generado grandes problemas ambientales; hablamos de la contaminación de las aguas superficiales y subterráneas con mercurio y cianuro, la pérdida de flora y fauna nativas, y la destrucción de la armonía del paisaje.

Sin embargo, está claro que la estrategia del Gobierno es reemplazar un decreto con otro tan perverso como el anterior, de hecho se tenía previsto este año otro decreto que habilite la expedición de licencias y que se otorguen la mayor cantidad de títulos mineros

sin un riguroso control y de esta forma seguir imponiendo un modelo económico nada respetuoso con el medio ambiente.

La normatividad colombiana debe reestructurarse para dar la importancia que merece el agua ya que sin ella sería imposible nuestra supervivencia. El derecho al agua debe estar incluido dentro de los derechos fundamentales de la Constitución Política, para luego desarrollar un Código Ambiental acorde a la realidad. No se puede pensar en desarrollar este tema tan importante con decretos reglamentarios y un decreto-ley, porque cuando se presentan conflictos de interés es nuestro derecho al agua el que se ve vulnerado.

#### **En Sentencia C-35 de 2016 la Corte Constitucional dijo:**

*“La Corte consideró que el párrafo del artículo 173 es inconstitucional porque desconoce el deber constitucional de proteger áreas de especial importancia ecológica, con lo cual pone en riesgo el acceso de toda la población al derecho fundamental al agua en condiciones de calidad. La Corte llegó a esta conclusión después de analizar el alcance de la facultad del Estado de intervenir en la economía y su deber de proteger áreas de especial importancia ecológica, ponderándolos frente al alcance de la libertad económica y de los derechos de los particulares a explotar recursos del Estado. En el presente caso concluyó que la libertad económica y los derechos de los particulares a explotar los recursos de propiedad del Estado deben ceder debido a tres razones principales. En primer lugar, debido a que los páramos se encuentran en una situación de déficit de protección, pues no hacen parte del sistema de áreas protegidas, ni de ningún otro instrumento que les provea una protección especial. En segundo lugar, los páramos cumplen un papel fundamental en la regulación del ciclo del agua potable en nuestro país, y proveen de agua económica y de alta calidad para el consumo humano al 70% de la población colombiana. En tercera medida, los páramos son ecosistemas que tienen bajas temperaturas y poco oxígeno, y que se han desarrollado en relativo aislamiento, lo cual los hace especialmente vulnerables a las afectaciones externas. Finalmente, la Corte concluyó que el párrafo del artículo 173 no provee una protección real mediante instrumentos jurídicos reafirmando el déficit de protección.*

*En ese orden de ideas, la Corte integró la unidad normativa con el inciso 2° del artículo 173, en la medida que este inciso faculta al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible para delimitar los páramos con base en los parámetros de referencia provistos por el Instituto Alexander von Humboldt. Sin embargo, esta facultad no está sujeta a parámetro alguno, y el Ministerio puede apartarse del área de referencia del Instituto sin justificación alguna. Por lo tanto, la Corte consideró necesario integrar la unidad normativa para que su decisión no quedara sin efectos, y limitar el ejercicio de la facultad del Ministerio para desviarse del área de referencia establecida por el Instituto”.*

#### **D. Problemas ambientales generados por una inadecuada exploración y explotación petrolera**

De los innumerables impactos ambientales que la industria petrolera genera durante la producción de los hidrocarburos, los más significativos, por su magnitud y carácter irremediable (no se pueden corregir después de presentados y el daño queda a perpetuidad) son: el hidrodinamismo y la contaminación de las aguas subterráneas potables.

El hidrodinamismo ocurre en aquellos yacimientos petroleros que tienen algún acuífero activo que actúa como energía del mismo (el agua empuja el crudo desde la roca hacia los pozos), la formación o roca que contiene el yacimiento tiene continuidad lateral, y existe recarga volumétrica en algún punto en la superficie. El fenómeno se detecta al comprobarse la alta producción de agua junto con el petróleo (el corte inicial de agua es alto y con el tiempo aumenta considerablemente), la presión del yacimiento se mantiene constante (existe recarga: volumen de fluido que sale es reemplazado por otro fluido que entra al yacimiento), y el agua que se produce, junto con el petróleo, es dulce (punto de recarga en superficie, en ríos, quebradas, caños, lagos o lagunas).

Otro problema ambiental ocurre con el agua residual que se produce junto con el petróleo, pues contiene metales pesados como bario, vanadio y níquel, que generan ceguera y deja sin aletas a los peces; trazas de hidrocarburos y químicos que contiene fenoles (cancerígenos) y aminas (generadoras de mutaciones) que las petroleras agregan para romper emulsiones, inhibir la corrosión, inhibir las incrustaciones y la precipitación de sólidos orgánicos (en Caño Limón, por ejemplo, se utilizan más de 150 millones de galones de químicos al año). Con estas aguas residuales, al ser descargadas en los caños y los ríos, se contaminan las aguas, matando el pescado o dejándolo ciego y sin aletas, o alterando su hábitat natural, generando su migración hacia ríos o caños más profundos (amenazando la seguridad alimentaria). Durante la producción del petróleo se corre el riesgo de contaminar los acuíferos libres superficiales y los acuíferos subterráneos confinados, con hidrocarburos, a través de canalizaciones que se generan por el anular del pozo, por mala cementación del revestimiento; o a través de la interconexión de las fracturas artificiales, que se generan durante la operación de fracturamiento hidráulico, con pozos abandonados o mal cementados, o con fallas naturales. En otros campos petroleros, las aguas residuales se reinyectan en formaciones superiores, contaminando los acuíferos subterráneos que son o serán la fuente futura para agricultura, industria y uso doméstico.

La combustión *in situ* es otra operación que contamina los acuíferos subterráneos, con los gases que genera la combustión (sulfuro de hidrógeno, dióxido de carbono y dióxido de azufre), e hidrocarburos, los cuales migran por el anular de los pozos hasta los acuíferos superiores, al fracturarse el cemento con las altas temperaturas (superiores a 1.000 grados centígrados); o a través de fracturas artificiales que se generan por las altas temperaturas y presiones.

También, con los frecuentes derrames de petróleo, se contaminan los caños y los ríos, se pierden cultivos, se esterilizan las tierras y se secan los pastos, afectando la agricultura y la ganadería. Otros problemas son: la construcción de oleoductos y gasoductos, donde se intervienen los lechos de los ríos, se hacen cortes con zanjas de hasta tres metros de profundidad, disminuyendo el nivel freático y desviando el flujo de las aguas subterráneas poco profundas; la quema de gas, donde se generan gases tóxicos, se contamina auditivamente y se calienta la atmósfera del entorno; el polvo que generan las tractomulas en las vías destapadas; y el fracturamiento hidráulico para el Shale Gas.

Es urgente que el país cuente con una ley ambiental más exigente para la exploración y explotación petrolera, sobre todo en zonas visiblemente sensibles como lo es la Orinoquía y la zona alta de la cordillera Oriental; donde se establezcan directrices en pro de mitigar los impactos ambientales. Es deber del Congreso de la República legislar para reglamentar y hacer cumplir los artículos 7º y 8º de la C. P., ya que la explotación petrolera ha afectado la diversidad étnica y la riqueza cultural y natural (medio ambiente) del territorio nacional; se ha violentado el derecho constitucional a gozar de un ambiente sano (artículo 79 de la C. P.), y se han afectado las reservas naturales y las fuentes de agua, como lo demuestran las secuelas que ha dejado esta industria a lo largo y ancho del país.

### **3. Naturaleza jurídica del derecho al agua**

Los derechos de los cuales son titulares los miembros de un conglomerado humano se encuentran clasificados en diferentes categorías, de ahí que se consideran algunos de mayor importancia por su objeto de protección y como resultado son considerados de mayor rango, este es el caso de los denominados derechos fundamentales. Teniendo en cuenta el carácter estratégico para la vida y para el desarrollo social, cultural y económico del país, el agua debe ser protegida por el máximo carácter jurídico que se le pueda dar en nuestro ordenamiento legal.

#### **3.1. Requisitos esenciales para que un derecho sea considerado un derecho fundamental**

##### **i) Conexión directa con los principios constitucionales**

**Artículo 1º. Colombia es un Estado Social de Derecho**, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

#### **Sentencia T-571 de 1992.**

#### **ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

El Estado se califica y define en función a su capacidad para proteger la libertad y promover la igualdad, la efectiva realización y el ejercicio de los derechos por parte de todos los miembros de la sociedad. El Estado Social de Derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES-Determinación**

Los derechos humanos fundamentales que consagra la Constitución Política de 1991 son los que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad humana. De allí que se pueda afirmar que tales derechos son inherentes al ser humano: es decir, los posee desde el mismo momento de su existencia, “aún de su concepción” y son anteriores a la misma existencia del Estado, por lo que están por encima de él. Fuerza concluir, entonces, como lo ha venido sosteniendo esta Corte que el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. La fundamentalidad de un derecho no depende solo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.

**Artículo 5°.** El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos **inalienables** de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

### **Concepto**

Los derechos inalienables son aquellos considerados como fundamentales; los cuales no pueden ser legítimamente negados a una persona. Ningún gobierno o autoridad tiene competencia para negarlos, ya que forman parte de la esencia de la persona. Los derechos humanos son derechos inalienables.

**Artículo 7°.** El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

**Artículo 8°.** Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación.

### **ii) Eficacia directa**

Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del solo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una “textura abierta”, como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podría presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales. Ahora bien, la eficacia directa no se reduce a los derechos de aplicación inmediata o a los derechos humanos de la llamada primera generación. En algunos casos los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser objeto de protección especial por medio de la tutela; tal es el caso del artículo 50 sobre los derechos de los niños. Igualmente, pueden ser objeto de tutela casos en los cuales el juez considere que una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, ponga en entredicho de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos funda-

mentales, de tal manera que, a partir de una interpretación global, el caso *sub judice* resulte directamente protegido por la Constitución. De acuerdo con esto, la enumeración del artículo 85 no debe ser entendida como un criterio taxativo y excluyente. En este sentido es acertado el enfoque del artículo 2° del Decreto número 2591 de 1991 cuando une el carácter de tutelable de un derecho a su naturaleza de derecho fundamental y no a su ubicación.

### **iii) El contenido esencial**

Existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las formas en las que se manifieste. Es el NÚCLEO BÁSICO DEL DERECHO FUNDAMENTAL, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. El concepto de “contenido esencial” es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, doctor Édgar Augusto Arana Montoya 6, según el cual existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan. Según esto, quedan excluidos aquellos derechos que requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas. Los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, no pueden ser considerados como fundamentales, salvo aquellas situaciones en las cuales en un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o con un derecho fundamental.

## **3.2 El agua, la seguridad alimentaria y la dignidad humana**

**De acuerdo con el informe del Grupo de Alto Nivel de Expertos en Seguridad Alimentaria y Nutrición,** “*Contribución del Agua a la Seguridad Alimentaria y la Nutrición*”, de julio de 2015, uno de los mayores desafíos que enfrenta la humanidad actualmente es “salvaguardar el agua en aras de la dignidad, la salud y la seguridad alimentaria de todos los habitantes del planeta”.

Este grupo interdisciplinario de expertos se conformó en el año 2010 con el fin de brindar asesoría al Comité de Seguridad Alimentaria Mundial de las Naciones Unidas (CSA), con la finalidad de producir los informes necesarios a partir de análisis basados en pruebas objetivas, que sirvan como insumo para la orientación y el soporte en la toma de decisiones y la formulación de políticas públicas a nivel mundial.

Algunas de las principales conclusiones de este informe establecen que “el agua es fundamental para la seguridad alimentaria y la nutrición. Es la linfa vital de los ecosistemas, incluidos los bosques, lagos y humedales, de los que depende la seguridad alimentaria y la nutrición de las generaciones presentes y futuras. Es indispensable disponer de agua de calidad y en cantidad adecuadas, ya sea para beber como para el saneamiento, la producción alimentaria (pesca, cultivos y ganadería) y la elaboración, transformación y preparación de los alimentos”.

El informe toca igualmente uno de los temas que mayor inquietud despiertan no solamente en el ámbito científico sino en el político, como es el del cambio climático, sobre el cual se afirma que “acentúa considerablemente la incertidumbre de la disponibilidad de agua en muchas regiones, ya que afecta a las precipitaciones, la escorrentía, los flujos hidrológicos, la calidad del agua, su temperatura y la recarga de las aguas subterráneas. Tendrá consecuencias tanto en los sistemas de secano, a través de los regímenes de lluvias, como en los de regadío, al modificar la disponibilidad de agua en el ámbito de la cuenca. El cambio climático modificará las necesidades de agua de los cultivos y la ganadería e influirá en los flujos de agua y en las temperaturas de las masas acuáticas, lo que tendrá consecuencias para la pesca. Las sequías pueden intensificarse en ciertas temporadas y en determinadas zonas debido al descenso de las precipitaciones o al aumento de la evapotranspiración. El cambio climático también influye notablemente en el nivel del mar, con efectos sobre los recursos de agua dulce de las zonas costeras”.

El documento define al agua y a los alimentos como “las dos necesidades más elementales de los seres humanos”. De ahí que las tensiones producidas por la escasez de agua en diferentes partes del mundo, así como la presión creciente generada por el incremento demográfico, el aumento de los ingresos, los cambios en los estilos de vida y las dietas, así como la creciente demanda de agua para diversos usos, hayan hecho de estos dos elementos pilares fundamentales en la formulación de una agenda de desarrollo sostenible para la humanidad, que se viene construyendo desde el año 2015 y que deberá fijar metas y compromisos muy precisos de la comunidad internacional en aras de preservar el líquido vital.

Es muy importante considerar el reconocimiento que se hace en este informe de la diversidad de perspectivas desde las que se puede analizar la problemática de la “escasez de agua”; en particular una perspectiva que para el caso del territorio colombiano podría aplicar de manera muy precisa: “puede existir escasez de agua en regiones ricas en recursos hídricos en las que hay un exceso de demanda de agua y, a menudo, una competencia creciente por su uso entre distintos sectores (agricultura, energía, industria, turismo, uso doméstico), que no se gestiona de manera adecuada”.

Las dos premisas fundamentales de las que partió este grupo de expertos para abordar su análisis, reafirman y dan cuenta de la importancia de promover un Acto Legislativo como el que hoy le estamos presentando al país, toda vez que se establece que: 1. “El agua potable y el saneamiento son fundamentales para la buena nutrición, la salud y la dignidad de todos”, y 2. “Contar con agua suficiente y de calidad adecuada es indispensable para la producción agrícola y para la preparación y elaboración de los alimentos”.

Si a estos elementos les sumamos el análisis de la difícil coyuntura por la que atraviesa el país en materia de generación de energía, por cuenta de la disminución de las precipitaciones y el bajo nivel de los principales embalses, tenemos un escenario que

hace no solamente pertinente sino indispensable que le brindemos a los colombianos y colombianas de hoy y del mañana una herramienta constitucional que les permita la defensa de un derecho que quizá hace mucho tiempo debió haber sido considerado fundamental por nuestra Carta Política.

### 3.3 El agua es un derecho fundamental por conexidad con los derechos a la vida y al ambiente sano

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en varias ocasiones y en diferentes casos ha hecho referencia al carácter de derecho fundamental del derecho al agua por conexidad. La Corte Constitucional definió en la Sentencia T-413 de 1995<sup>4</sup> al agua como un derecho fundamental en conexidad, manifestando lo siguiente:

*“En principio, el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente contra 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 (C. P. C. Artículo 11), la salubridad pública (C. P. C. artículos 365 y 366) o la salud (C. P. C. Artículo 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela”.*

Así mismo, la Sentencia T-418 de 2010<sup>5</sup> abarca un amplio y detallado recuento histórico sobre la dimensión del derecho al agua asegurando que:

*“Aunque no se trata de un derecho expresamente señalado por la Constitución Política, se ha de entender incluido, teniendo en cuenta el texto Constitucional aprobado por el Constituyente de 1991 y, en especial, sus posteriores reformas, al respecto”.*

*“De acuerdo con la Constitución Política, la no mención expresa de un derecho en la Constitución, en modo alguno implica que este no se encuentre considerado. Constitución Política, artículo 94”. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.*

Por otro lado, en Sentencia T-578 de 1992, la Corte admitió que la acción de tutela es procedente para proteger el derecho al agua si reunía los siguientes requisitos:

(i) “que la vulneración o amenaza recaiga sobre un derecho constitucional fundamental”; (ii) “que no exista otro medio de defensa judicial”; y (iii) “que la acción de tutela a pesar de existir otro medio de defensa judicial, sea procedente como mecanismo transitorio”. En aquella ocasión la Corte sostuvo que:

*“[...] 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*

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-413 de 1995 M. P. Martínez Caballero Alejandro.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-418 de 2010 M. P. González Cuervo Mauricio.

público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (C. P. artículo 11), la salubridad pública (C. P. artículos 365 y 366), o la salud (C. P. artículo 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal ser objeto de protección a través de la acción de tutela”. (Subrayado fuera del texto).

“Es de resaltar el lenguaje categórico empleado por la Corte: *“el agua constituye fuente de vida”*. El carácter fundamental del derecho al agua es la decisión de querer reconocer un estado de cosas, no de crearlo. Colombia, al haber adoptado como modelo constitucional un Estado social de derecho, fundado en la defensa de la dignidad de toda persona y en el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales, en especial su derecho a una vida digna, adoptaba a la vez, tutelar el derecho fundamental al agua a todas las personas. Ningún sentido tendría pretender asegurar la vida, bien sea humana o de cualquier otra especie, sin asegurar el derecho al agua, en sus dimensiones básicas, como fundamental. No solo desde el punto de vista científico existe un consenso sobre lo esencial que es el agua para la vida. Muchas de las culturas indígenas y negras de la Nación, siguen aportando sus conocimientos ancestrales al respecto, los cuales no han hecho más que insistir en la importancia del agua dentro de nuestro entorno vital; se trata de ideas que anunciaban muchos de los contemporáneos discursos ecologistas”. (Subrayado fuera del texto).

Si bien la Corte Constitucional ha considerado que el derecho de toda persona al agua es un derecho fundamental por conexidad con el derecho a la vida y el ambiente sano y que es objeto de protección constitucional mediante la acción de tutela en muchas de sus dimensiones, no se ha pronunciado sobre la protección del recurso natural en sí, pues su fundamento está enfocado en la prestación del agua como servicio público y como un recurso estratégico para la vida social, económica y cultural del país, que debe ser garantizado por el Estado tal y como corresponde en un Estado Social de Derecho.

Por otro lado, el acceso al agua potable como servicio público domiciliario ha sido protegido en Colombia por la acción de tutela, en muchos casos, la Corte Suprema de Justicia ha obligado al Estado a garantizar la prestación del servicio con la mejor calidad en cuanto a captación de agua, procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte; bajo estos postulados la Corte ha buscado proteger el derecho fundamental al agua en conexidad con el derecho a la vida y a un medio ambiente sano y saludable.

En estos fallos la Corte Suprema de Justicia reiteró el carácter *“ius fundamental”* del derecho al agua potable, al advertir que: *“El servicio público de acueducto tiene como finalidad la satisfacción de necesidades vitales de las personas, lo que exige, naturalmente, el suministro de agua apta para el consumo humano pues no podrá considerarse que el servicio se presta con el mero transporte del líquido, sin aplicarle ningún tipo de tratamiento cuando no reúne las condiciones físicas, químicas y bacterioló-*

*gicas mínimas exigidas para su uso, sin que ponga en riesgo la salud y la vida de sus consumidores”*”.

Esta protección también se ha dado en casos en que particulares vierten desechos sobre las fuentes de agua, limitando, no el acceso sino la calidad. Así, en la **Sentencia T-523 de 1994**<sup>6</sup> la Corte Constitucional tuteló los derechos a la vida y a la salud, y al medio ambiente sano a través de la garantía del ambiente sano en relación con la protección del agua de otras actividades humanas económicas y sociales.

### 3.4 Posiciones subjetiva u objetiva de la Corte Constitucional

**Se ha dejado a un lado la protección al propio recurso “agua” el cual es vital para la vida y el desarrollo económico, social y cultural de una sociedad en crecimiento como la nuestra, donde la importancia del recurso es incuestionable**

La titularidad del derecho al agua como derecho subjetivo está en cabeza tanto de los individuos como de la comunidad; por ello la jurisprudencia ha precisado que este derecho es tanto individual y colectivo. El derecho al agua es un derecho colectivo, por ejemplo, respecto de la obligación de protección y conservación de las fuentes hídricas para las generaciones futuras. Estas obligaciones serán, en consecuencia, reclamables por medio de mecanismos judiciales como las acciones populares; sin embargo a través de los años nos hemos dado cuenta que estas acciones de protección no garantizan la preservación del recurso ya que el abuso indiscriminado y explotación minera, energética, agrícola e industrial ha hecho que las decisiones de la Corte sean limitadas por el carácter estratégico de estas actividades del mercado. A esto se suma una situación de desequilibrio en la que el ordenamiento jurídico colombiano no cuenta con una legislación contundente en materia de protección al recurso hídrico pero sí se enfrenta a modelos de crecimiento económico basados en la explotación indiscriminada y no regulada del agua.

Por lo tanto, es indispensable, con el ánimo de esclarecer tanto los derechos de propiedad de los recursos hídricos, como para darle el lugar que le corresponde en la sociedad, el mercado y el Estado, desarrollar una dimensión objetiva de los derechos fundamentales los cuales hacen referencia a su poder vinculante frente a todos los poderes públicos.

En efecto, los derechos fundamentales constituyen un sistema de valores positivados por la Constitución que guían las decisiones de todas las autoridades, incluido el Legislador; dada esta doble dimensión de los derechos, la Corte Constitucional ha reconocido que su realización depende tanto de la actividad judicial, como de la existencia de leyes, normas administrativas y, en general, de políticas públicas que desarrollen sus contenidos y prevean mecanismos de seguimiento y vigilancia de la realización de los derechos.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 1994. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Al respecto la Corte expresó lo siguiente en la Sentencia **T-704 de 2006**<sup>7</sup>: Que los derechos constitucionales fundamentales se consignan en documentos jurídicos significa un gran paso en orden a obtener su cumplimiento, pero no es suficiente. Es preciso el despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas y actuaciones por parte del Estado, tanto en el nivel nacional como en el territorial, orientadas a garantizar la plena efectividad de estos derechos en la práctica.

Sobre el mismo punto, la Corte señaló lo que sigue en la Sentencia **T-418 de 2010**<sup>8</sup>: *“La protección y garantía adecuada de las dimensiones prestacionales de los derechos fundamentales constitucionales, bien sean de libertad o sociales, depende en buena parte de las políticas públicas que, dentro del orden constitucional vigente, sean diseñadas, elaboradas, implementadas, evaluadas y controladas, en un contexto de democracia participativa”*. En consecuencia, es una obligación del Legislador expedir leyes dirigidas a la realización de los derechos fundamentales al agua y a un ambiente sano en todos los órdenes (social, económico, político, cultural, etc.), no solamente en el contexto de controversias subjetivas que se sometan a la jurisdicción. Esas leyes deben estar acompañadas de mecanismos administrativos, políticos, económicos y de otra índole que hagan realidad sus cometidos, así como de instrumentos de seguimiento, vigilancia y control de la adecuada actuación de todos los poderes públicos desde una perspectiva de derechos.

#### 4. Marco Normativo

##### 4.1 Constitución Política Colombiana de 1991

El artículo 79 establece que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines, así como garantizar el derechos de todas las personas a gozar de un ambiente sano.

El artículo 102 establece: “El territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, pertenecen a la Nación”, son catalogados como bien de dominio público teniendo en cuenta su finalidad, a un uso o a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional, variedades de la afectación que, a su vez, determinan la afectación de los bienes de dominio público, del Derecho Internacional y de los Tratados Internacionales.

La Constitución Política de Colombia recoge los criterios del Derecho Público Internacional en lo referente al régimen jurídico de las aguas marinas, aguas de los mares o aguas marítimas, e incorporan los recursos naturales que se hallen dentro de la denominada zona económica exclusiva como parte del territorio colombiano.

##### 4.2 Código Civil

El Código Civil también regula en materia de agua sobre las no marítimas o continentales en sus artículos 674, 677 y 678.

**“Artículo 674. Bienes públicos y de uso público.** Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República”.

**“Artículo 677. Propiedad sobre las aguas.** Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.

Exceptúense las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con estos a los herederos y demás sucesores de los dueños”.

**“Artículo 678. Uso y goce de bienes de uso público.** El uso y goce que para el tránsito, riesgo, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en ríos y lagos, y generalmente en todos los bienes de la Unión de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código y a las demás que sobre la materia contengan las leyes”.

Si, además, su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio.

Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales.

##### 4.3 Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente

###### En el artículo 80 se establece que:

“El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas”.

##### 4.4 La Ley 99 de 1993

**Esta ley desarrolla los principios de las Declaraciones de Estocolmo de 1972 y de Río de Janeiro de 1992, según el numeral 1 del artículo 1°.**

##### 5. Antecedentes Legislativos del Agua como Derecho Fundamental

**5.1 Proyecto de ley número 171 de 2008 de Cámara, por medio del cual se convoca a un referendo constitucional para consagrar el derecho al agua potable como fundamental y otras normas concordantes**

En febrero de 2007, se reunieron más dos millones de firmas por parte del Comité Nacional en Defensa del Agua y la Vida para impulsar un referendo que pretende que el agua sea declarada un bien público y común.

<sup>7</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-704 de 2006. M. P. Sierra Porto, Humberto Antonio.

<sup>8</sup> CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-418 de 2010. M. P. Calle Correa, María Victoria.

Esta iniciativa ciudadana plantea que el acceso al agua potable como un derecho humano fundamental, que el servicio de acueducto y alcantarillado debe ser prestado por el Estado o por comunidades organizadas de manera directa e indelegable, con lo que se excluye la posibilidad de que empresas privadas presten el servicio y que el agua es de propiedad de la Nación y de uso público.

### 5.2 Proyecto de Acto Legislativo número 054 de 2008 Cámara, por el cual se consagra el derecho humano al agua y se dictan otras disposiciones

Mediante este proyecto de ley, el cual tenía un objetivo similar al del referendo, se buscaba constitucionalizar el acceso al agua de la población colombiana como un derecho fundamental. De acuerdo con el proyecto, este derecho debía ser garantizado por el Estado a través del suministro eficiente de agua para todas las personas, sin discriminación étnica, de género, territorial o de cualquier índole.

Buscaba, al declarar el acceso al agua como derecho fundamental, darle un carácter subjetivo, exigible y tutelable, para hacerlo exigible por parte de los ciudadanos.

### 5.3 Proyecto de ley número 047 de 2008 Cámara, por la cual se consagra el derecho humano al agua y se dictan otras disposiciones

Este proyecto de ley, radicado por la Defensoría del Pueblo, pretendía desarrollar y reglamentar el derecho humano al agua, consagrado así por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, fundamentado en la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los conceptos de bloque de constitucionalidad y la subregla jurisprudencial.

### 5.4 Proyecto de Acto Legislativo número 11 de 2016 Senado, 260 de 2016 Cámara, por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia

Proyecto de Acto Legislativo que fue archivado por términos, teniendo en cuenta que solo se dieron 6 de los 8 debates requeridos en una sola legislatura. Sin embargo dada la importancia del proyecto y actual coyuntura del país con la nueva oportunidad que nos da el proceso de paz y teniendo en cuenta que uno de los puntos más relevantes del acuerdo es la reforma rural agraria integral y que la protección del agua está íntimamente ligada a la realización de dichos fines, este proyecto de acto legislativo será radicado nuevamente.

RADICACIÓN EN SENADO DE LA REPÚBLICA	
Fecha de Presentación	miércoles, 16 de marzo de 2016
TRÁMITE EN SENADO DE LA REPÚBLICA 1ª VUELTA	
Fecha de aprobación Primer Debate	miércoles, 4 de mayo de 2016
Fecha de aprobación Segundo Debate	martes, 17 de mayo de 2016
TRÁMITE EN SENADO DE LA REPÚBLICA 2ª VUELTA	
Fecha de aprobación Primer Debate 2ª Vuelta	martes, 18 de octubre de 2016
Fecha de aprobación Segundo Debate 2ª Vuelta	martes, 15 de noviembre de 2016

### TRÁMITE EN CÁMARA DE REPRESENTANTES 1ª VUELTA

Fecha de aprobación Primer Debate	jueves, 2 de junio de 2016
Fecha de aprobación Segundo Debate	viernes, 17 de junio de 2016

Se realizaron los ajustes al artículo para presentar nuevamente el Proyecto Legislativo conforme a lo consensado hasta el momento por cada una de las Cámaras, las conversaciones con los miembros de los Ministerios de Vivienda y Desarrollo Rural, Minas y Petróleo quienes delegaron al Ministro de Ambiente la vocería de respaldo al Proyecto de Acto Legislativo en comentario.

## 6. Bloque de Constitucionalidad y Derecho Comparado

### 6.1 Bloque de constitucionalidad

En Colombia, los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Constitucional crean un puente de implementación a través del cual el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario se integran en el Derecho colombiano en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad. El efecto principal de ello es brindar rango constitucional a los instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano y la obligación de armonizar y adaptar el derecho interno a los compromisos internacionales del Estado colombiano y, por consecuencia, la evolución en materia de protección y garantía de los Derechos Humanos en el ámbito interno.

De acuerdo con esta figura, podemos citar algunos acuerdos suscritos por Colombia con el propósito de la protección del agua y los recursos naturales para esta y las futuras generaciones:

#### A. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Suscrito por el Estado colombiano el día 21 de diciembre de 1966 y ratificado mediante Ley 74 de 1968. El instrumento internacional hace alusión a que “*todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales*” agrega que “*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*”, por lo tanto, “*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*”. De ahí que, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano competente para emitir interpretaciones acerca del contenido del Pacto, adoptó en el año 2002 la Observación General número 15, por medio de la cual estableció que: “El derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico. Una cantidad adecuada de agua es necesaria para prevenir la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y satisfacer requerimientos de consumo, cocina, de higiene personal y doméstica”.

Los esfuerzos de Colombia en materia ambiental son insuficientes. Hace apenas unos años se ha empezado a dar importancia a la protección del medio ambiente y de cómo lograr que los recursos sean sostenibles, contrario a otros países que ya incluyen el agua como un derecho fundamental, Colombia sigue atrasada en estas medidas, a pesar de estar sufriendo las consecuencias del calentamiento global y los fenómenos del cambio climático que están afectando a varias regiones en todo el país.

### **B. La Declaración de Estocolmo (1972) sobre el Medio Humano**

Inició con 26 principios no vinculantes: i) Derecho fundamental a la libertad, igualdad y el disfrute a condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna a las futuras generaciones. ii) Preservación de los recursos naturales en beneficio de las generaciones presentes y futuras. iii) Necesidad de impedir la contaminación de los mares y poner fin a la descarga de sustancias tóxicas, la importancia de la asistencia financiera y tecnológica, necesidad de confiar a instituciones nacionales la planificación, gestión y control de la utilización de los recursos naturales, y iv) Necesidad de educación ambiental, desarrollo económico y social indispensable para asegurar al hombre un ambiente de vida y trabajo favorable.

### **C. La Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de la Unesco, 1997.**

Planteaba en sus artículos 4°, 5°, 6°, 8° y 10 que un ambiente sano hace parte del patrimonio común con que la humanidad va a afrontar su desarrollo científico y económico y la preservación de la especie en el futuro.

Entre estas obligaciones de las generaciones presentes se cuentan la libertad de elección de las futuras generaciones de escoger su sistema político, económico y social y preservar su diversidad cultural y religiosa, el mantenimiento y perpetuación de la humanidad, la preservación de la vida en la Tierra y la diversidad biológica, el genoma humano, la diversidad y el patrimonio cultural, la paz, el desarrollo, la educación y la no discriminación.

Atención especial y aparte merece el artículo 8° de esta declaración donde se establece que el patrimonio común de la humanidad no se puede comprometer de manera irreversible.

### **D. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible (Declaración de Johannesburgo)**

Sobre el Desarrollo Sostenible se pactaron cláusulas en pro del compromiso de los gobiernos para la protección del medio ambiente:

“Nosotros, los representantes de los pueblos del mundo, reunidos en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible en Johannesburgo (Sudáfrica), del 2 al 4 de septiembre de 2002, reafirmamos nuestro compromiso en pro del desarrollo sostenible”.

“Nos comprometemos a construir una sociedad mundial humanitaria y equitativa y generosa, consciente de la necesidad de respetar la dignidad de todos los seres humanos”.

“Por consiguiente, asumimos la responsabilidad colectiva de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, desarrollo social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sostenible”.

“Desde este continente, cuna de la humanidad, proclamamos, por medio del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y la presente Declaración, nuestra responsabilidad hacia nuestros semejantes, hacia las generaciones futuras y hacia todos los seres vivientes”.

“Reconociendo que la humanidad se encuentra en una encrucijada, nos hemos unido resueltos a responder de manera positiva a la necesidad de formular un plan práctico y concreto que nos permita erradicar la pobreza y promover el desarrollo humano”.

“Estamos de acuerdo en que debe ser este un proceso inclusivo en el que han de intervenir todos los grandes grupos y gobiernos que han participado en la histórica Cumbre de Johannesburgo”.

“Nos comprometemos a aunar esfuerzos, resueltos a salvar nuestro planeta, promover el desarrollo humano y lograr la prosperidad y la paz universales”.

“Nos comprometemos a cumplir el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible y a acelerar la consecución de los objetivos socioeconómicos y ambientales en los plazos que allí se fijan”.

“Desde el continente africano, cuna de la humanidad, nos comprometemos solemnemente, ante los pueblos del mundo y las generaciones que heredarán la Tierra, a actuar para que se haga realidad el desarrollo sostenible, que es nuestra aspiración común”.

### **E. Conferencia de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992**

En esta cumbre política con fuerte sesgo económico, se discutieron no solo las formas y métodos para preservar el medio ambiente, sino los criterios para asegurar la participación de todos los pueblos en los beneficios que racionalmente pueden obtenerse de los recursos naturales.

Es la convocatoria más importante a nivel mundial sobre la protección del derecho ambiental y, en especial, la protección del agua. Asistieron 178 países, 112 de ellos representados por sus Jefes de Estado y de gobierno.

### **F. La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**

Reafirma la Declaración de Estocolmo y proclama 27 principios que buscan: “*establecer una alianza mundial nueva y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, los sectores clave de las sociedades y las personas*”, y “*alcanzar acuerdos internacionales en los que se*

*respeten los intereses de todos y se proteja la integridad del sistema ambiental y de desarrollo mundial” los cuales son:*

- Derecho a un medio ambiente adecuado (1)
- Derechos de acceso: información - participación - justicia (10)
- Implementación nacional del desarrollo sostenible (3, 4, 8, 20, 21)
- Deber de cooperar (5, 6, 7, 9, 12, 18, 19)
- Deber de evitar el daño ambiental (2, 14, 17, 24)
- Deber de reparar el daño ambiental (10, 13)
- Deber de adoptar legislaciones ambientales (11)
- Principio contaminador - pagador (16)
- Reconocimiento del derecho de las minorías (22, 23)
- Principio (enfoque) de precaución (15)
- Indisolubilidad de la paz, el desarrollo y la protección ambiental (25, 26)

La Declaración de Río generó instrumentos jurídicamente vinculantes como el *Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio Marco de las NU sobre el Cambio Climático* y las bases para la formulación y negociación de la *Convención de Lucha contra la Desertificación y la Sequía* e instrumentos jurídicamente no vinculantes como la *Declaración sobre Bosques y Agenda 21*.

**6.2 Derecho comparado**

Los esfuerzos de Colombia en materia ambiental son insuficientes. Hace tan solo apenas unos años se ha empezado a dar importancia a la protección del medio ambiente y lograr que los recursos sean sostenibles. Contrario a otros países que ya incluyen el agua como un derecho fundamental, Colombia sigue atrasada en estas medidas, a pesar de estar sufriendo las consecuencias del calentamiento global y los fenómenos del cambio climático que están afectando a varias regiones en todo el país. Algunos países que han establecido el derecho al agua como fundamental desarrollan:

PAÍS	REFERENCIA CONSTITUCIONAL
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 Política, que otorga jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, ha establecido que el acceso al servicio de agua es un derecho fundamental.
Bolivia	La Constitución Política de la República 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. 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”.

PAÍS	REFERENCIA CONSTITUCIONAL
Ecuador	La República 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”.
Italia	En Sentencia número 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”.
Bélgica	El Alto Tribunal de la Jurisdicción Constitucional del Estado Federal de Bélgica, en Sentencia número 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 del 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”.

**7. Alcance del proyecto de acto legislativo**

**7.1 Acceso al agua como derecho fundamental**

Uno de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), presentados por la Organización de Naciones Unidas, concretamente el sexto objetivo es “garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible”. Para la Organización de Naciones Unidas “el agua libre de impurezas y accesible para todos es parte esencial del mundo en que queremos vivir” y “hay suficiente agua dulce en el planeta para lograr este sueño”.

La protección del recurso hídrico es una necesidad urgente a nivel global. Según la Organización de Naciones Unidas (ONU), “para 2050, al menos una de cada cuatro personas probablemente viva en un país afectado por escasez crónica y reiterada de agua dulce”<sup>9</sup>. Este objetivo de desarrollo sostenible, junto con los otros 16 objetivos, son una base para la construcción de una paz sostenible en nuestro país.

Según el informe *Dividendos Ambientales de la Paz* elaborado por el Departamento Nacional de Planeación, la guerra armada deja un saldo ambiental preocupante. Tan solo frente al recurso hídrico el “60% de las fuentes hídricas del país están potencialmente afectadas por extracción ilícita de minerales y derrames de petróleo: 10 veces el caudal promedio del río Nilo”<sup>10</sup> y “4,1 millones de barriles de petróleo han sido derramados en los últimos 35 años: equivalente a 16 veces la catástrofe de Exxon Valdez (así se llamaba el buque petrolero que en 1989 encalló con 11 millones de galones de crudo y causó la peor tragedia ecológica en Alaska)”. Adicionalmente, “los 757 mil barriles derramados entre 2009 y 2013 afectan el agua y el suelo de 129 municipios”. Es en este contexto que se hace imperativo suplir el

<sup>9</sup> <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>

<sup>10</sup> Medio Ambiente: El gran dividendo de la paz. PNUD, 2016. Disponible en: <http://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/presscenter/articles/2016/03/11/medio-ambiente-el-gran-dividendo-de-la-paz.html>

déficit de protección al recurso hídrico reconocido por la Corte Constitucional<sup>11</sup>.

El derecho al agua, cuyo contenido ha sido desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en reiterada jurisprudencia, es un derecho polifacético. Así, la Corte Constitucional ha mencionado que entre los derechos constitucionales relevantes en materia del agua “vale la pena al menos mencionar los siguientes: el (1) derecho a la vida, que se consagra como inviolable, y (2) a que nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, (3) el derecho a la igualdad (“), (4) los derechos de las niñas y de los niños; (5) al saneamiento ambiental como un servicio público a cargo del Estado; (6) a una vivienda digna; (7) el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y a que la comunidad participe en las decisiones que puedan afectarlo”<sup>12</sup>.

En este sentido, las distintas dimensiones del derecho al agua podrían clasificarse en al menos dos grupos, la primera dimensión hace de este derecho una condición necesaria del derecho a la vida de los seres humanos, y todos los aspectos y garantías que se relacionan con esta dimensión: igualdad, derechos de las niñas y los niños, vivienda digna, etc. La segunda dimensión relaciona directamente el derecho al agua como recurso natural esencial del medio ambiente con el derecho a gozar de un ambiente sano. Ambas dimensiones quedan plasmadas en el texto de artículo 11 A que propone el presente proyecto de acto legislativo, pues no solo se establece que todo ser humano tiene derecho al acceso al agua sino y que su uso prioritario es el consumo humano sin detrimento de su función ecológica, con lo que se recoge la dimensión humana del derecho al agua, sino que, además, se establece que se trata de un recurso público esencial para el desarrollo social, ambiental, económico y cultural y que corresponde al Estado colombiano garantizar la protección, conservación, recuperación y manejo sostenible tanto del recurso como de los ecosistemas.

El derecho al agua ha sido definido por Naciones Unidas como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”<sup>13</sup> que comprende (i) el derecho a disponer, y a (ii) acceder a cantidades suficientes de agua, y además, que el mismo sea (iii) de calidad “para los usos personales y domésticos”. Por otro lado, como ya se mencionó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha indicado una serie de elementos necesarios para garantizar efectivamente el derecho al acceso al agua<sup>14</sup>.

**1. La disponibilidad.** El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos com-

prenden normalmente el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. La cantidad de agua disponible para cada persona debería corresponder a las directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS). También es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de la salud, el clima y las condiciones de trabajo.

**2. La calidad.** 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. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico.

**3. La accesibilidad.** El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: a) Accesibilidad Física; b) Accesibilidad Económica; c) No Discriminación; d) Acceso a la Información.

## 7.2 Busca la disminución de impactos ambientales por el uso del agua en actividades productivas

Es necesario implementar un verdadero modelo de desarrollo sostenible en Colombia en el que la protección ambiental sea un tema prioritario y que no desconozca el Derecho Internacional cuando se establezcan las líneas de crecimiento económico nacionales.

Es indispensable no solo crear estrategias de sanción y de penalización a quienes contaminen, sino establecer las pautas necesarias para la prevención y mitigación de la contaminación medioambiental. En este sentido, se expondrá a continuación información y estadísticas relacionadas con los daños ambientales causados por los seres humanos en los últimos años, especialmente en los ecosistemas de páramos que se encuentran en grave riesgo y sufren el impacto de la explotación minera y la agricultura y ganadería extensivas, con lo que ponen en riesgo la disponibilidad del recurso hídrico.

## 7.3 No busca la gratuidad del Servicio Público

Este Proyecto de acto Legislativo atiende la Observación número 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el sentido en que debe atender a las condiciones de accesibilidad, calidad y disponibilidad conforme al principio de progresividad. Con ello, se resuelve la inquietud frente al tema de la gratuidad y mínimo vital por las siguientes razones.

La accesibilidad en sentido amplio 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; y en sentido específico, la accesibilidad económica implica que los costos deben estar al alcance de todos y no ser un obstáculo. Por lo tanto, la accesibilidad no implica gratuidad ni implica la inexistencia de un costo por el servicio; lo que implica es que dicho costo cumpla con ciertas características.

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

<sup>13</sup> [http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human\\_right\\_to\\_water.shtml](http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml)

<sup>14</sup> ONU. Observación general número 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Cabe anotar que de acuerdo con el estudio “Avance del derecho humano al agua en la Constitución, la ley, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales” de la Defensoría del Pueblo, en materia de accesibilidad económica es evidente que el abastecimiento de agua supone la existencia de costos directos e indirectos derivados del transporte, aducción, tratamiento, almacenamiento, distribución y comercialización de líquido. Por ende, es claro que los costos no provienen del agua, sino de las actividades requeridas para su distribución en óptimas condiciones, y estos costos en ningún momento se desconocen en el presente proyecto.

Adicionalmente, tal y como lo manifestó el DNP en el concepto enviado, la asequibilidad desde el punto de vista de accesibilidad económica no indica un servicio gratuito. Ello por cuanto la ley es clara al consagrar como indebida competencia a la hora de prestar el servicio público de agua potable, la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-041 de 2003 señaló que “el concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (artículo 367) y ha surgido en cabeza de los particulares, la obligación a contribuir en el financiamiento de los gastos en que incurra el prestador del servicio dentro de los criterios de justicia y equidad (artículos 95, 367, 368 y 369 C. P.). Por ende, el reconocimiento del derecho al agua como fundamental no implica que el servicio de acueducto deba ser gratuito para la población.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior y partiendo de la no gratuidad del servicio y de la existencia de unos costos asociados al mismo, es claro que al derecho al agua también le son aplicables los mandatos generales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en relación con su aplicación. Por lo tanto, debe haber una aplicación progresiva del derecho.

Por lo tanto, para evitar interpretaciones erróneas y para que el Estado pueda responder a las obligaciones que se generan con el reconocimiento de este derecho se incluyó de manera explícita el principio de progresividad. También se hizo con el fin de reafirmar el pronunciamiento de la Corte en su Sentencia T-760 de 2008, según el cual “Las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho”.

#### **7.4 La Regla de Sostenibilidad Fiscal no se puede invocar como un impedimento para reconocer Derechos Fundamentales**

Frente a este punto es importante destacar que la regla de sostenibilidad fiscal no es un impedimento para reconocer derechos fundamentales. En el año 2011 se aprobó el Acto Legislativo número 3 relacionado con la sostenibilidad fiscal que en su

primer artículo, hoy artículo 334 de la Constitución establece que:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá funcionar como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público será prioritario (“).

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”<sup>15</sup>.

En este sentido, el cumplimiento y garantía plena de los derechos fundamentales es la principal excepción a la regla de sostenibilidad fiscal.

#### **7.4 No generará una Tutelación**

La acción de tutela para amparar el derecho fundamental de acceso al agua es un mecanismo existente que no depende de la consagración de este en la Constitución para su activación efectiva. En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que “se ha ocupado en varias ocasiones de la procedencia de la acción de tutela para la salvaguarda del derecho al agua, entendiéndose que cuando se destina al consumo humano se realiza su propio carácter de derecho fundamental y su protección puede ser garantizada a través del mecanismo constitucional”<sup>16</sup>. La Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que es necesario “estudiar a fondo las particularidades propias de cada caso”<sup>17</sup>.

Más allá de las posibilidades de activación de mecanismos de protección que se puedan activar al consagrar el derecho al agua como derecho fundamental en el texto de la Constitución, cabe resaltar que Colombia se ha comprometido a nivel internacional a cumplir con las metas asociadas al objetivo número 6 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Es decir, el Gobierno nacional ya ha adquirido unos compromisos y se ha propuesto unas metas en términos de protección del recurso hídrico que en nada se modifican con la consagración del derecho al agua como derecho fundamental en la Constitución. En este sentido, a continuación se mencionan algunas de las metas a las que se compromete Colombia asociadas al objetivo de desarrollo sostenible consistente

<sup>15</sup> Artículo 334. Constitución Política de Colombia.

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-028 de 2014.

en “garantizar la disponibilidad del agua y su gestión sostenible”:

– Para 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos.

– Para 2030, mejorar la calidad del agua mediante la reducción de la contaminación, la eliminación del vertimiento y la reducción al mínimo de la descarga de materiales y productos químicos peligrosos, la reducción a la mitad del porcentaje de aguas residuales sin tratar y un aumento sustancial del reciclado y la reutilización en condiciones de seguridad a nivel mundial.

– Para 2030, aumentar sustancialmente la utilización eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir sustancialmente el número de personas que sufren de escasez de agua.

– Para 2030, poner en práctica la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda.

– Para 2020, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos.

– Apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento”<sup>18</sup>.

Asimismo, el documento de Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 estableció que “el acceso al agua potable y saneamiento básico son factores determinantes para mejorar las condiciones de habitabilidad de las viviendas, impactar en la situación de pobreza y salud de la población, así como contribuye a incrementar los índices de competitividad y crecimiento del país. Sin embargo, se presentan deficientes indicadores de prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en algunas zonas del país, a nivel de cobertura, calidad y continuidad, que requieren acciones concretas encaminadas a asegurar la adecuada planificación de las inversiones sectoriales y esquemas de prestación de los servicios que aseguren la sostenibilidad económica y ambiental de las inversiones”.

Adicionalmente las Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 señalan que “reducir la pobreza y lograr una mayor equidad requiere mejorar la conexión de las poblaciones con los circuitos del crecimiento económico, así como el acceso a bienes y servicios que mejoran sus condiciones de vida. Esto es, una vivienda digna, con acceso adecuado a agua y saneamiento básico, con facilidades de transporte y acceso a tecnologías (“)”.

Entre los datos presentados por el Gobierno se encuentra que “de acuerdo con el Índice de Pobreza Multidimensional (IPM), el 11,2% de los hogares del país no tenían acceso a fuente de agua mejorada,

en tanto que el 11,8% tenían una inadecuada eliminación de excretas, siendo la incidencia en el área rural de 26,8% y 40,2%, lo que evidenció una brecha urbana rural de 3,5 y 12,6 veces, respectivamente”.

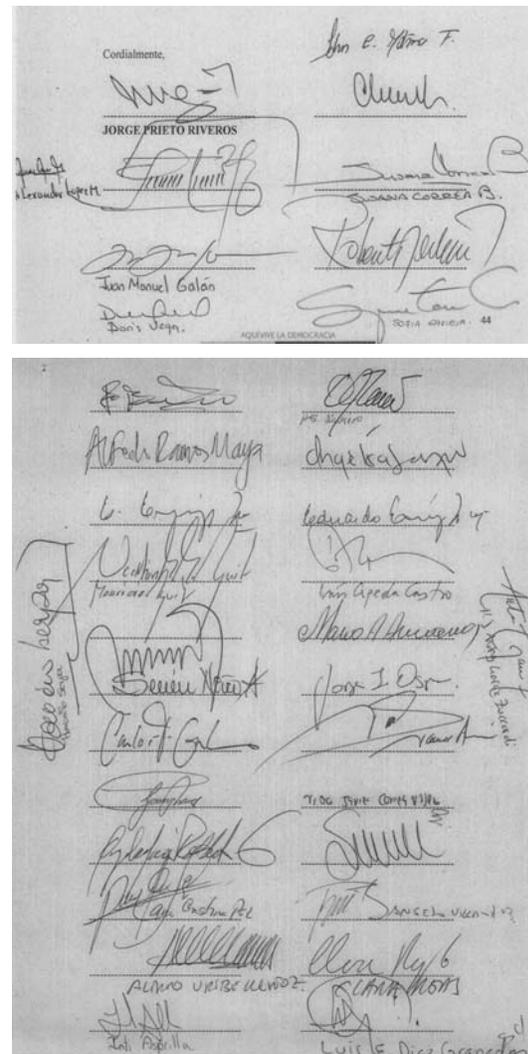
**Concretamente, el Gobierno establece en el PND 2014-2018:**

Producto (asociado a la meta intermedia de IPM)	Línea de base (2013)	Meta a 2018
Personas con acceso a agua potable	41.877.000	44.477.000
Personas con acceso a una solución de alcantarillado	39.469.000	42.369.000

Es decir, el Gobierno nacional tiene previsto en su Plan Nacional de Desarrollo como meta a 2018 el aumentar el número de personas con acceso a agua potable y con acceso a una solución de alcantarillado en el país. El cumplimiento y exigibilidad de las metas establecidas por el Gobierno es independiente de la promulgación del derecho al agua como derecho fundamental en la Constitución.

El Proyecto de Acto legislativo en mención no requiere estudio de impacto fiscal ya que como lo establece el parágrafo del artículo 336 de la Constitución Política de Colombia

Cordialmente,



<sup>18</sup> <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>



SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General  
(arts. 139 y s.s. Ley 5ª de 1992)

El día 22 del mes de marzo del año 2017 se radicó en este Despacho el Proyecto de Acto Legislativo número 14, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales por:

El Secretario General,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 22 de marzo de 2017

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 14 de 2017 Senado, por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia, me permito remitir a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores *Jorge Prieto, Claudia López, Guillermo Santos, Susana Correa, Roberto Gerlén, Juan Manuel Galán, Alexander López, Doris Vega, Efraín Cepeda, Sofía Gaviria, Roosevelt Rodríguez, Carlos Fernando Galán, Marco Anibal Avirama, Jorge Iván Ospina, Yasmina Pestana, Mauricio Lizcano*, entre otros y los Representantes a la Cámara *Angélica Lozano, Luis E. Díaz Granados, Carlos Guevara, Ana Cristina Paz, Ángela María Robledo, Inti Asprilla, Alirio Uribe, Sandra Ortiz, Martha Cecilia Curi, Jaime Serrano, Clara Rojas, Eloy Chichi Quintero*, entre otros. La materia de que trata el men-

cionado Proyecto de Acto Legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

PRESIDENCIA DEL HONORABLE  
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 22 de marzo de 2017

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado Proyecto de Acto Legislativo a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

*Óscar Mauricio Lizcano Arango.*

El Secretario General del honorable Senado de la República,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

\*\*\*

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO  
NÚMERO 15 DE 2017 SENADO

por el cual se modifican los artículos 31 y 235 de la Constitución, se crea la doble instancia para aforados constitucionales y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

**Artículo 1º. Objeto.** El presente Acto Legislativo modifica los artículos 31 y 235 de la Constitución, crea la doble instancia para aforados constitucionales y se dictan otras disposiciones.

**Artículo 2º.** El artículo 31 de la Constitución quedará así:

*“Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.*

**Artículo 3º.** El artículo 235 de la Constitución quedará así:

*“Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*

1. Actuar como tribunal de casación.
2. Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175 numerales 2 y 3.
3. Conocer en segunda instancia de los procesos penales adelantados a los miembros del Congreso.
4. Conocer en segunda instancia de los procesos penales adelantados al Vicepresidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los Agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de

*Estado y ante los Tribunales; a los Directores de los Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los Embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los Gobernadores, a los Magistrados de Tribunales y a los Generales y Almirantes de la Fuerza Pública, por los hechos punibles que se les imputen.*

5. Conocer de todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el Derecho Internacional.

6. Darse su propio reglamento.

7. Las demás atribuciones que señale la ley.

*Parágrafo 1°. Cuando los funcionarios antes enumerados hubieren cesado en el ejercicio de su cargo, el fuero solo se mantendrá para las conductas punibles que tengan relación con las funciones desempeñadas.*

*Parágrafo 2°. Los procesos a los que se refieren los numerales 3 y 4 serán conocidos en primera instancia por los tribunales superiores de distrito judicial, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal general de la nación o de sus delegados de la unidad de fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia.*

*Parágrafo transitorio. Tribunal Ad Hoc. Se creará transitoriamente un Tribunal de Jurados Ad Hoc que conocerá de las impugnaciones presentadas por aquellos ciudadanos aforados que hayan sido condenados en única instancia, el cual se regirá por las siguientes disposiciones:*

1. *Temporalidad. El plazo de funcionamiento del Tribunal Ad Hoc será de cinco (5) años, prorrogables por la mitad del tiempo inicial, esto es dos (2) años y medio, para un máximo de siete (7) años y medio.*

2. *Término para reglamentación e implementación. A partir de la promulgación del acto legislativo que incorpore el parágrafo transitorio a la Constitución, el Gobierno nacional tendrá un (1) año para reglamentar e implementar el Tribunal Ad Hoc.*

3. *Término para presentación de impugnaciones. A partir de la promulgación del acto legislativo que incorpore el parágrafo transitorio a la Constitución, la persona aforada condenada en única instancia podrá hacer uso de su derecho a la impugnación.*

4. *Consecuencia jurídica de la presentación de impugnación. Una vez presentada la impugnación por la persona aforada, la sentencia condenatoria de única instancia perderá ejecutoria, hasta tanto no sea emitido el correspondiente fallo de segunda instancia por parte del Tribunal de Jurados Ad Hoc.*

5. *Término para sustentación de impugnaciones. A partir de la implementación del Tribunal Ad Hoc, el término que tendrán los funcionarios aforados condenados en única instancia para sustentar los recursos de impugnación será de un (1) año, so pena de declararse desierto el recurso.*

6. *Término para decidir sobre las impugnaciones. El Tribunal Ad Hoc tendrá el término de cinco (5)*

*años, prorrogables por la mitad del tiempo inicial para decidir sobre las impugnaciones presentadas.*

7. *Competencia. El Tribunal Ad Hoc conocerá de las impugnaciones presentadas por aquellos ciudadanos aforados que hayan sido condenados en única instancia.*

8. *Composición. El Tribunal Ad Hoc se compondrá de tres (3) magistrados y once (11) jurados de conciencia.*

9. *Designación de Magistrados. Los magistrados que integrarán el Tribunal Ad Hoc serán designados así: dos (2) personas elegidas por Corte Constitucional y una (1) persona elegida por la oficina de Ginebra del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.*

10. *Requisitos de los magistrados. Los magistrados designados deberán cumplir con los siguientes requisitos:*

a) *Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio;*

b) *Ser abogado;*

c) *Debe acreditar estudios de posgrado en Derecho Penal y/o Derechos Humanos;*

d) *Haber ejercido durante quince (15) años, con buen crédito, la profesión de abogado en el área de Derecho Penal o haber dictado cátedra universitaria por el mismo tiempo en disciplinas jurídicas relacionadas con el Derecho Penal y/o los Derechos Humanos en establecimientos de educación superior reconocidos oficialmente;*

e) *No haber sido condenado por sentencia judicial o sancionado disciplinariamente;*

f) *No podrán encontrarse ejerciendo cargos públicos al momento de su elección;*

g) *No haber pertenecido a ninguna clase de partido político, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos;*

h) *No haber sido candidato o adelantado actividades electorales;*

i) *No tener parentesco con personas que trabajen o hayan trabajado en la Fiscalía o la Rama Judicial hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad.*

11. *De los Jurados. Requisitos:*

a) *Ser ciudadano colombiano en ejercicio;*

b) *Tener como mínimo 18 años de edad;*

c) *Ser profesional con título de formación universitaria conforme a la Ley 30 de 1992 y a las normas de educación superior vigentes en el momento de la selección;*

d) *Ser capaz física y mentalmente;*

e) *No haber sido condenado por sentencia judicial o sancionado disciplinariamente;*

f) *No podrán encontrarse ejerciendo cargos públicos al momento de su elección;*

g) *No haber pertenecido a ninguna clase de partido político, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos;*

h) *No haber sido candidato o adelantado actividades electorales;*

i) *No tener parentesco con personas que trabajen o hayan trabajado en la Fiscalía o la Rama Judicial hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad.*

12. *Listado preliminar de posibles jurados. La Registraduría Nacional del Estado Civil utilizando un método en el cual la selección de las personas que integren el registro sea totalmente aleatoria, colocará en consideración de los magistrados del tribunal y de los abogados de los acusados un listado preliminar de posibles jurados, quienes a su vez, deberán diligenciar un formulario de precalificación en el que responderán preguntas sobre el cumplimiento de los requisitos, si tiene alguna condición que le excusen de ser jurado, entre otros.*

13. *Selección del Jurado. Los posibles jurados serán citados a una audiencia en la que los abogados de los condenados y los magistrados entrevistarán a los potenciales jurados individualmente para decidir acerca de su selección o no. En esta audiencia, los abogados de los condenados y los magistrados tendrán la posibilidad de presentar recusaciones y/o exclusiones, las cuales serán de dos tipos: a) recusación y/o exclusión con causa; y b) recusación y/o exclusión perentoria. Surtida esta audiencia, habrán de quedar seleccionados los once (11) jurados requeridos para adelantar la revisión de la sentencia condenatoria de única instancia”.*

**Artículo 4°. Régimen de Transición.** Respecto de los procesos que a la fecha de promulgación del presente acto se estén tramitando por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en única instancia, conocerá en segunda instancia el Tribunal Ad Hoc.

**Artículo 5°. Concordancias y derogatorias.** Elimínese la expresión “salvo las excepciones que consagre la ley” en el artículo 31 de la Constitución Política.

Sustitúyase la expresión “Investigar y juzgar” por la de “Conocer en segunda instancia de los procesos penales adelantados” en el numeral 3 del artículo 235 de la Constitución Política.

Sustitúyase la expresión “Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, del Vicefiscal General de la Nación o de sus delegados de la Unidad de Fiscalías ante la Corte Suprema de Justicia” por la de “Conocer en segunda instancia de los procesos penales adelantados” en el numeral 4 del artículo 235 de la Constitución Política.

Sustitúyase la expresión “PARÁGRAFO” por la de “PARÁGRAFO 1°” en el artículo 235 de la Constitución Política.

Agréguese el “PARÁGRAFO 2°” y un “PARÁGRAFO TRANSITORIO” al artículo 235 de la Constitución Política.

**Artículo 6°. Vigencia.** El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.



## I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### A. OBJETO

El presente Proyecto de Acto Legislativo busca subsanar la falla estructural y sistemática que les impide a los funcionarios aforados constitucionales hacer uso a su derecho a la impugnación y a la garantía de la doble instancia, de tal manera que se cumpla con lo ordenado por la Corte Constitucional, y se logre la adecuación de la legislación interna respecto a lo establecido en los principales tratados de derechos humanos de los cuales Colombia es Estado Parte.

### B. MARCO JURÍDICO

– **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.** Ratificado por la República de Colombia el 29 de octubre de 1969, adoptado mediante Ley 74 de 1968. En su artículo 14 numeral 5 establece que “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”.

– **Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 “Pacto de San José”.** Ratificada por la República de Colombia el 28 de mayo de 1973, adoptada mediante Ley 16 de 1972. En su artículo 8°, numeral 2, literal h) establece el “*Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”.

### C. CONTENIDO DEL PROYECTO

El presente proyecto de acto legislativo consta de cinco (5) artículos, necesarios para que funcionarios aforados constitucionales puedan hacer uso de su derecho a la impugnación y a la doble instancia.

### D. PROPOSICIÓN

En concordancia con los argumentos que se presentan, ponemos a consideración de los honorables miembros del Congreso de la República el presente proyecto, teniendo en cuenta que el mismo busca proteger los derechos humanos y libertades fundamentales internacionalmente reconocidos de un grupo específico de la población que actualmente recibe un tratamiento diferenciado en contravía del derecho a la igualdad y que contradice lo establecido en los principales tratados de derechos humanos.

## E. JUSTIFICACIÓN

### Introducción

La única instancia establecida por una norma interna colombiana en los procesos penales, menoscaba el derecho fundamental de todo ser humano a que, ante un fallo condenatorio y la respectiva pena, pueda mediante un recurso efectivo someterlos a un tribunal o juez superior. Asimismo, lesiona los derechos del procesado conforme a que este no puede recurrir ante un juez o tribunal superior las decisiones judiciales dentro del proceso que se adelanta en su contra y que lo afectan directamente, como lo son la negativa de practicar, admitir o inadmitir pruebas y en general controvertir las decisiones de fondo que profiera el juzgador, siendo el derecho de apelación particularmente importante para garantizar y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La segunda instancia es de tal importancia que varios doctrinantes se han referido a ella, es el ejemplo del reconocido filósofo político John Rawls quien en su libro *Teoría de la Justicia*, establece que el sistema penal debe considerarse un caso de justicia procedimental imperfecta; es decir, un sistema penal es justo solamente en la medida en que los procedimientos que lo informan y las instancias que lo constituyen, tiendan con el mayor grado de probabilidad posible a condenar únicamente a las personas culpables. Es por ello, que la segunda instancia penal es indispensable para satisfacer esta condición, es decir, para asegurar el mínimo posible de condenas de personas inocentes ante la ley. En ausencia de una segunda instancia debidamente conformada, los Estados estarían renunciando a su obligación de hacer todo lo que está en su poder para que ninguna persona sea privada injustamente de su libertad.

Por ello, negar la segunda instancia constituye una violación estructural y sistemática a los Derechos Humanos. Además de configurarse una discriminación negativa, ya que por ostentar un alto cargo –“condición social”–, se ejerza sobre él una distinción, exclusión o restricción que tiene por objeto y por resultado anular y menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Asimismo, con la restricción de acceder a la garantía de recurrir el fallo judicial condenatorio, ante un juez o tribunal superior se lesiona gravemente el derecho a la presunción de inocencia, ya que el juicio en única instancia pudo haber sido el desarrollo de un juicio inconcluso e imperfecto, manteniéndose la probabilidad lo que descarta la certeza; en ese orden de ideas se debe dar prioridad a revisar su legalidad y de esta manera establecer si:

1. La sentencia no consideró la duda razonable.

2. Ausencia de errores y arbitrariedades judiciales o meros actos de poder.

3. Ausencia de violaciones al derecho de haber tenido la oportunidad de ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, es-

tablecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra este.

4. Ausencia de vulneraciones tales como que el condenado se le impidiera el derecho de que se le comunicara de forma previa y detallada la acusación formulada.

5. La no existencia de dudas que permitan pensar que al condenado no se le concedió el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa.

6. Que no existieran dudas de que el condenado hubiera tenido la garantía de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con el mismo, que no se le vulnerara el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

7. Que no se le hubiera vulnerado el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declarar-se culpable. Y en general la garantía que existió dentro del proceso judicial un juez o tribunal que realizó un control tutelar sobre las decisiones proferidas por el juez o tribunal de primera instancia que resultaron lesivas contra la libertad personal del condenado.

Con la restricción y menoscabo del derecho a la doble instancia, se viola también el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “*Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”; de nuestra legislación interna se desprende una especial vulneración, ya que se incumple lo establecido en la Convención Americana en el sentido de restringir los derechos, inobservando que ninguna disposición interna puede limitar los derechos reconocidos en la Convención conforme al artículo 29, donde se resalta que: “*Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; 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*”. Asimismo, se incumple lo establecido en el artículo 5° numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los Derechos Humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado*”.

La no existencia de una doble instancia para determinado grupo de personas dentro de la jurisdicción colombiana viola el debido proceso por las siguientes razones: (i) porque no asegura el adelantamiento de un juicio en segunda instancia para controvertir el fallo; (ii) porque ese juicio se realiza ante el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, quien para to-

das las personas sometidas a la jurisdicción ordinaria diferentes a los congresistas se constituye como segunda instancia o de casación, violando así el principio de acceso igualitario a los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos.

Colombia en el margen de apreciación para configurar los procedimientos y para diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos consagrados en la Convención ha restringido, hecho inane y deficiente, la aplicación efectiva del artículo 8° numeral 2 literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos. Sustituyendo el derecho humano por una norma perniciosa que lesiona gravemente al ser humano y lo sitúa en una situación de imperdable desventaja propiciada por el constituyente y en contravía de los estándares internacionales del cual se hace parte gracias al bloque de constitucionalidad.

### Estructura

Para desarrollar la exposición de motivos del proyecto de acto legislativo, se abordarán cuatro (4) ejes:

**Primero:** Se presentará cómo el ordenamiento jurídico colombiano regula los derechos a la doble instancia y a un recurso efectivo de los funcionarios públicos con fuero. Seguidamente, se ilustrará la jurisprudencia de las altas cortes respecto al tema, luego, se presentará brevemente casos concretos en donde se ha violado el derecho a impugnar y a una segunda instancia.

**Segundo:** Se estudiará lo dicho, frente a estos derechos, por parte de la doctrina colombiana, así como lo establecido tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

**Tercero:** Se centrará en el cambio de jurisprudencia interna referente al derecho a impugnar un fallo condenatorio conforme a lo establecido por los anteriores instrumentos internacionales de derechos humanos, respecto a las personas en general y omitiendo a los funcionarios aforados.

**Cuarto:** Explicará cómo la negación y el desconocimiento de los derechos a impugnar y a acudir a una segunda instancia por parte de los aforados constituye una violación al transversal a los derechos humanos de los funcionarios aforados.

### 1. Doble instancia e impugnación, excepción para aforados. Ordenamiento jurídico y jurisprudencia de Colombia.

Las garantías judiciales (debido proceso) se han consagrado como esenciales e indispensables para lograr un proceso judicial justo, imparcial e independiente. Dentro del conjunto de derechos que integran el debido proceso, se encuentran el acceso a una doble instancia y a impugnar la sentencia condenatoria, derechos que más que una cuestión de orden procedimental, son derechos que asisten a todo procesado por la mera condición de ser humano sin distinciones de ninguna índole<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Comparar. Moreno Ortiz & Lozano Martínez. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. 2011. Página 80.

### 1.1. Excepción y limitación al derecho de impugnar y de una segunda instancia de los aforados. Marco legal.

La Constitución Política de Colombia consagra expresamente el derecho a impugnar y a la doble instancia, en el artículo 29, indicando que “*Toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria*”<sup>2</sup>. No obstante, el artículo 31 supra estipula que “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada, salvo las excepciones que consagre la ley*”<sup>3</sup>.

Lo anterior pone de presente que la misma Constitución Política permitió que el derecho a la doble instancia y el derecho a impugnar no fueran absolutos, e incluso se condicionó su aplicación. Eso evidenció que en el ordenamiento interno colombiano hay normas lesivas que provocan un detrimento de los derechos a impugnar un fallo condenatorio y a acudir a una segunda instancia, derechos que en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos se catalogan como no restringibles, e incluso como garantía mínima<sup>4</sup>.

Por ello se afirma que en Colombia existe una falla estructural y sistemática que atenta contra los derechos fundamentales de los funcionarios aforados. La falla estructural se ve en la existencia de normas en el ordenamiento jurídico colombiano que son lesivas y menoscaban los derechos fundamentales; la falla sistemática se concreta al observarse que estas normas lesivas se dirigen a un grupo exclusivo de la población, en razón de su cargo, y generan así una discriminación negativa.

Ejemplo de ello son el artículo 235 de la Constitución Política de 1991, el artículo 75 de la Ley 600 de 2000 y el artículo 32 de la Ley 906 de 2004, en los cuales se estipuló cuáles son las personas que –conforme a su condición de aforados constitucionales o legales– serían juzgadas directamente por la Corte Suprema de Justicia en única instancia, aspecto que configura una discriminación negativa y una limitación a derechos que son inherentes a las personas sin importar su condición.

De modo tal, conforme a los artículos antes mencionados, en especial el artículo 235 de la Constitución Política, a los funcionarios allí señalados<sup>5</sup> en razón a su cargo se les limitan y trasgreden sus derechos a impugnar una sentencia y a acudir a una segunda instancia, así que se les afecta íntegramente su debido proceso y su derecho a la igualdad.

Los funcionarios públicos referenciados, ante la eventual comisión de un delito común o en ejercicio de sus funciones, serán juzgados en única instancia por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Es decir, contra la sentencia condenatoria que se produjese no procedería recurso alguno.

<sup>2</sup> Ver. Constitución Política de Colombia. *Artículo 29*. 1991.

<sup>3</sup> Ver. Constitución Política de Colombia. *Artículo 31*. 1991.

<sup>4</sup> Comparar. Moreno Ortiz & Lozano Martínez. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. 2011. Página 80.

<sup>5</sup> Ver. Constitución Política de Colombia. *Artículo 235*. 1991.

Bajo esa premisa, en el ordenamiento jurídico colombiano se produce un trato desigual respecto de los funcionarios aforados, dejando en evidencia una falla estructural, toda vez que es la misma Constitución la que autoriza la existencia de normas que lesionan y producen un detrimento de los derechos que tienen los aforados, no en su calidad de funcionario público, sino en su calidad primigenia de ser humano.

### **1.2. Postura de las altas cortes frente a esta limitación de los derechos de los aforados.**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha perpetuado esta limitación y violación a las garantías judiciales de los aforados. La Corte Constitucional ha argumentado que:

*“Ser juzgado por el más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria es ‘la mayor aspiración de todo sindicado’”<sup>6</sup>.*

Y que el hecho de que los funcionarios aforados sean juzgados en única instancia por la Corte Suprema de Justicia:

*“Genera a su favor dos ventajas: ‘la primera, la economía procesal; la segunda, el escapar a la posibilidad de los errores cometidos por los jueces o tribunales inferiores. A las cuales se suma la posibilidad de ejercer la acción de revisión, una vez ejecutoriada la sentencia’”<sup>7</sup>.*

Asimismo, se ha argumentado que el fuero no es una limitación o una vulneración a los derechos de los funcionarios aforados; por el contrario, es una garantía, toda vez que:

*“El propósito del fuero es preservar la autonomía y la independencia legítimas de aquellos funcionarios a los que ampara”<sup>8</sup>.*

*(...) cabe destacar que el juzgamiento de altos funcionarios por parte de la Corte Suprema de Justicia constituye la máxima garantía del debido proceso visto integralmente por las siguientes razones: (i) porque asegura el adelantamiento de un juicio que corresponde a la jerarquía del funcionario, en razón a la importancia de la institución a la cual este pertenece, de sus responsabilidades y de la trascendencia de su investidura. Por eso, la propia Carta en el artículo 235 Superior indicó cuáles debían ser los altos funcionarios del Estado que gozarían de este fuero; (ii) porque ese juicio se adelanta ante un órgano plural, con conocimiento especializado en la materia, integrado por profesionales que reúnen los requisitos para ser magistrados del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria; y (iii) porque ese juicio se realiza ante el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, quien tiene a su cargo la interpretación*

*de la ley penal y asegurar el respeto de la misma a través del recurso de casación”<sup>9</sup>.*

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el auto de 18 de febrero de 1997 (Proceso Radicado número 10684), señaló lo siguiente:

*“El fuero constitucional creado por la Carta Política de 1991, en contraposición a la inmunidad que garantizaba la de 1886, debe entenderse entonces desde un doble punto de vista: Desde la óptica de protección de la actividad parlamentaria como función, caso en el cual la competencia de la Corte, en el supuesto de la desvinculación del sujeto pasivo de la acción penal, se mantiene para todos aquellos ilícitos cometidos por razón o con ocasión de la función congresional; y, desde la perspectiva de la protección personal de sus miembros, pues en tanto estén vinculados a la actividad legislativa solo pueden ser investigados y juzgados por el máximo Tribunal de la Jurisdicción ordinaria, cualquiera que sea la época en que se haya cometido la infracción que origina la actuación judicial”<sup>10</sup>.*

Finalmente, la Corte Constitucional, en su argumentación para validar la limitación y violación al derecho a impugnar el fallo condenatorio y al acceso a una doble instancia por parte de los funcionarios aforados, invoca lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en donde Colombia es parte, e indica que en estos instrumentos no hay una disposición específica referente a los aforados y que el hecho de ser juzgados por el tribunal de cierre implica una garantía para estos, garantía que no tienen las personas sin fuero, toda vez que su proceso es llevado por jueces ordinarios.

*“En la Sentencia C-934 de 2006 la Corte concluyó que este esquema procesal no desconoce ninguna de estas garantías, pues no existe ninguna regla específica, ni en la Carta Política ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que establezca una facultad para atacar los fallos sancionatorios en contra de las personas que cuentan con un fuero, sino únicamente un precepto general diseñado para los juicios penales ordinarios que son conocidos por las instancias regulares, y no por el máximo órgano jurisdiccional en materia penal, que además tiene la particularidad de ser un cuerpo colegiado”<sup>11</sup>.*

Como se estudiará en la segunda sección de este trabajo, los argumentos de las altas cortes para sustentar y validar la limitación y violación de los derechos de los aforados aquí analizados son superficiales e incluso evidencian un desconocimiento e inobservancia de lo establecido en los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia.

<sup>6</sup> Ver. Corte Constitucional. C-545 del 28 de mayo de 2008. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. Página 15. 2008.

<sup>7</sup> Ver. Corte Constitucional. C-142 de abril 20 de 1993, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. 1993.

<sup>8</sup> Ver. Corte Constitucional. C-245 de junio 3 de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. 1996.

<sup>9</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-934 del 15 de noviembre de 2006. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa. 2006.

<sup>10</sup> Ver. Sala de Casación Penal. Auto del 18 de febrero de 1997 (Proceso Radicado número 10684), Corte Suprema de Justicia. 1997.

<sup>11</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 54.

### 1.3. Casos de condenados

El número de funcionarios públicos que en razón de su cargo son acreedores de un fuero constitucional y legal es bastante amplio. Muestra de ello es que, solamente entre Congresistas, Ministros, Jefes de Departamento Administrativo, Presidente y Vicepresidente de la República, Defensor del Pueblo, Contralor y Procurador General de la Nación, son 295 funcionarios a los que se les limitan sus derechos a impugnar una sentencia condenatoria y acceder a una doble instancia.

Es importante indicar que la Constitución Política de Colombia estableció 3 maneras diferentes de juzgar a funcionarios públicos con fuero:

La primera es aplicada a los Congresistas, quienes son procesados por la Corte Suprema, es decir, la Corte investiga, acusa y juzga a los congresistas, implicando que este alto tribunal tenga la calidad de juez y parte en el proceso. El efecto de esta disposición ha dado como resultado que desde 1991 hayan sido condenados 85 congresistas y que en la actualidad se encuentren investigados y procesados 416 de estos funcionarios.

La segunda es la aplicada a los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, al Procurador y al Contralor, quienes son investigados por el Fiscal y juzgados por la Corte Suprema; dentro de esta categoría han sido condenados 11 funcionarios y se encuentran en trámite 4 procesos<sup>12</sup>. Es pertinente indicar que, con el Acto legislativo 06 de 2011, se facultó al Fiscal General de la Nación para que delegase ante el Vicefiscal y/o fiscales delegados la investigación y acusación de los altos funcionarios.

La tercera es la aplicada al Presidente, al Fiscal y a los Magistrados. Esta última se caracteriza porque la Cámara de Representantes investiga y acusa, destituye el Senado, y luego, si hay delito, juzga la Corte Suprema<sup>13</sup>.

A continuación, se esbozan de manera breve algunos de los casos en los que los derechos de los funcionarios aforados a impugnar y acceder a una doble instancia han sido inobservados y violados por parte de la justicia colombiana:

• **Violación frente a los congresistas:** Por vinculación de parlamentarios con grupos al margen de la ley, para el año 2013, 59 congresistas habían sido condenados penalmente. No obstante, no todos los procesos los conoció en única instancia la Corte Suprema de Justicia<sup>14</sup>. Lo anterior obedece a que 21 congresistas renunciaron a su curul y, por ende, a su fuero. Este mismo hecho se observa en el Proceso

8.000, en el que 26 congresistas fueron condenados<sup>15</sup>, pero en el que la mayoría renunció a su curul.

El argumento general de los congresistas para renunciar a su curul y a su fuero es que:

*Como las decisiones de la Corte –la única que puede procesar a congresistas que gozan de fuero especial en Colombia– son inapelables, al renunciar a sus escaños pueden ser procesados por la Fiscalía y por jueces y así tener mayores recursos de defensa<sup>16</sup>.*

Ante la masiva renuncia de los congresistas a su curul, con el fin de permitir que fuera la justicia ordinaria quien los investigara, acusara y juzgara de modo tal que sus derechos al debido proceso, defensa y contradicción tuvieran más garantías de protección, la Corte Suprema de Justicia en septiembre de 2009 realiza un cambio jurisprudencial lesivo para sus derechos estableciendo que:

*La relación del delito con la función pública tiene lugar cuando se realiza por cuenta del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o que sea necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones. Tal es el caso de los congresistas a quienes se les imputa la conducta de concierto para delinquir agravado por sus eventuales vínculos con miembros de las autodefensas cuando ya ocupaban una curul en el Congreso de la República, proceder que si bien no es propio de sus funciones, en cuanto reunirse con delinquentes para orquestar la comisión de delitos no es ni podrá ser inherente al ámbito funcional de dicha Corporación, sí pone de presente, de un lado, que posiblemente hacía parte de dicha organización criminal, y de otro, que de conformidad con la forma en que operaba la misma, se trataba presuntamente de un miembro calificado de la misma a quien correspondía aportar dentro de su ámbito funcional<sup>17</sup>.*

Lo anterior permitió que la mayoría de las investigaciones y juicios contra los Congresistas fueran rea-

<sup>12</sup> Las cifras señaladas en este apartado incluyen a los funcionarios aforados que han sido investigados, juzgados y condenados por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desde el año 1991 hasta el año 2015.

<sup>13</sup> Comparar. Villadiego Burbano, Carolina. Juzgar a altos funcionarios. Publicado en marzo 6 de 2015. Encontrado en el sitio web: <http://www.dejusticia.org/#/actividad/2498>

<sup>14</sup> Comparar. Verdadabierta.com. De la curul a la cárcel. Encontrado en el sitio web: <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/63-nacional/4800-de-la-curul-a-la-carcel>

<sup>15</sup> Ver. *El Tiempo*. Escándalo de la ‘parapolítica’ completó 51 congresistas involucrados y 29 presos. Encontrado en el sitio web: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4085772>

<sup>16</sup> Ver. Cardona, Libardo. ¿Cómo está la “parapolítica” en Colombia? Publicado en la Revista *Semana*. Encontrado en el sitio Web: <http://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/como-esta-parapolitica-colombia/103801-3>

<sup>17</sup> En relación con sus funciones significa que se realiza por cuenta del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es que la conducta tenga origen en la actividad congresual, o que sea necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones. Ver. Centro internacional para la justicia internacional & Asdi. Procesos contra aforados constitucionales –parapolítica. Encontrado en la página web: <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/Libro%20parapol%C3%ADtica%20C SI.pdf>. Página 95. 2010.

sumidos por la Corte Suprema de Justicia. En el Auto número 27032-15 de septiembre de 2009, la Corte Suprema de Justicia definió las reglas para que los casos de acuerdo al momento procesal en que se encontraran fueran remitidos nuevamente a instancias de la Corte Suprema<sup>18</sup>.

“• **Violación frente a los Ministros y Directores de Departamento Administrativos:** en los últimos años la Corte Suprema de Justicia ha condenado a 8 altos funcionarios del Gobierno (Ministros y Directores de Departamento Administrativo). Funcionarios que en su momento alegaron su violación al derecho a impugnar la sentencia condenatoria y acceder a una segunda instancia. Por el escenario y en la forma en que fueron proferidas estas sentencias se evidencia que la Corte Suprema de Justicia transgredió el debido proceso de estos funcionarios”.

En Colombia, contra las sentencias de los funcionarios públicos aforados, al ser de única instancia, no procede recurso alguno. Esto significa que se coarta radicalmente el derecho de los aforados de impugnar la sentencia condenatoria en su contra. Sin embargo, las altas cortes han manifestado erróneamente que no se transgrede el derecho a impugnar, toda vez que: 1) los altos funcionarios fueron juzgados por el tribunal supremo de la justicia ordinaria y 2) los aforados disponen de la acción de tutela y la acción de revisión para una eventual revisión de su fallo condenatorio. Estos argumentos son empleados para eludir la aplicación eficaz de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a recurrir el fallo condenatorio.

De igual manera, se evidencia cómo el Estado colombiano ha venido aplicando e interpretando las disposiciones internacionales sobre la materia, atentando contra el principio *pro homine*, de modo tal que el Estado colombiano ha impuesto limitaciones arbitrarias al derecho a impugnar y acceder a una segunda instancia que tiene toda persona sin distinción alguna y ha interpretado de forma lesiva lo establecido en tratados internacionales respecto a estos derechos.

## 2. Doble instancia y derecho a impugnar sentencias judiciales conforme a los tratados internacionales en los que Colombia es parte

Como se mencionó anteriormente, estos argumentos dados por parte de las altas cortes del Estado colombiano dejan entrever, por sí solos, la superficialidad con la que se ha tratado el tema de la doble instancia y el derecho a impugnar de los altos funcionarios, desconociéndose e interpretando de forma errónea y conveniente lo establecido en los instrumentos de derechos humanos respecto del tema.

### 2.1. Derecho a impugnar y a acceder a una segunda instancia conforme al Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana

Tal desconocimiento llega al punto de que la Corte Constitucional ha afirmado que “En cuanto al juz-

gamiento en única instancia de los congresistas por la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación en distintos pronunciamientos ha establecido que ello no se opone a la Constitución Política ni a los tratados internacionales de derechos humanos”<sup>19</sup>.

Este último argumento, sin embargo, no es cierto y evidencia una errónea interpretación y aplicación por parte del Estado colombiano de las normas internacionales, puesto que Colombia es Estado parte tanto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención América. Dichos tratados consagran los derechos de toda persona a la doble instancia y a impugnar sentencias condenatorias; estos hacen parte íntegra de la normativa interna (Ley 74 de 1968 y Ley 16 de 1972) y del bloque de constitucionalidad (artículo 93 Constitución Política).

Es pertinente indicar que el bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado de la Constitución Política de 1991, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución<sup>20</sup>. El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece que los tratados internacionales sobre los derechos humanos ratificados por Colombia prevalecen en el orden interno. Asimismo, se dispone que los principios y derechos establecidos en la Constitución se interpretarán con base en los tratados internacionales sobre derechos humanos que Colombia haya ratificado.

El artículo 14.5 del Pacto determina que “*Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley*”. Lo anterior no quiere decir que el Estado tiene la discrecionalidad de determinar en qué caso existirá o no derecho a impugnar y acceder a la doble instancia. Lo anterior quiere decir precisamente todo lo contrario.

De acuerdo con la Observación General número 32 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas:

“*La expresión ‘conforme a lo prescrito por la ley’ en esta disposición no tiene por objeto dejar a discreción de los Estados Partes la existencia misma del derecho a revisión, puesto que este es un derecho reconocido por el Pacto y no meramente por la legislación interna. La expresión ‘conforme a lo prescrito por la ley’ se refiere más bien a la determinación de las modalidades, de acuerdo con las cuales un tribunal superior llevará cabo la revisión, así como*

<sup>18</sup> Ver. Centro internacional para la justicia internacional & Asdi. Procesos contra aforados constitucionales – parapólitica. Encontrado en la página web: <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revistas/Libro%20parapol%C3%ADtica%20CSJ.pdf>. Página 119. 2010.

<sup>19</sup> Para profundizar sobre el tema ver las Sentencias C-142 de 1993, C-561 de 1996, C-411 de 1997, C-040 de 2002 y C-545 de 2008.

<sup>20</sup> Sentencia C-225-95 M. P. Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en Sentencia C-578-95 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la determinación del tribunal que se encargará de ello de conformidad con el Pacto”<sup>21</sup>.

Esta observación continúa indicando que:

*“El párrafo 5° del artículo 14 se vulnera no solo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva, sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior. Cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el tribunal de mayor jerarquía del Estado Parte; por el contrario, tal sistema es incompatible con el Pacto, a menos que el Estado Parte interesado haya formulado una reserva a ese efecto”*, (subrayado fuera del texto original).

Reserva que no ha sido presentada por el Estado colombiano.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha indicado que: *“Si bien la legislación [de un] Estado Parte dispone en ciertas ocasiones que una persona en razón de su cargo sea juzgada por un tribunal de mayor jerarquía que el que naturalmente correspondería, esta circunstancia no puede por sí sola menoscabar el derecho del acusado a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal”*<sup>22</sup>.

La violación del derecho a la doble instancia o doble grado de jurisdicción para los aforados es un tema que no solamente se ha debatido en Colombia. Hoy en día, es común que varios Estados tengan dentro de su ordenamiento jurídico interno disposiciones tendientes a asegurar la doble instancia para los altos funcionarios (aforados) e, incluso, cuenten con la figura jurídica del desafuero, permitiendo que sus altos funcionarios puedan renunciar o puedan ser despojados de su fuero por una autoridad competente y, así, puedan ser juzgados con las plenas garantías procesales que incluye el derecho a impugnar una sentencia condenatoria.

Por su lado, los Estados europeos, adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuentan con lo establecido en el artículo 2° del Protocolo número 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que se determina como regla general la doble instancia penal. Sin embargo, este convenio prevé explícitamente circunstancias en las cuales se

podría limitar este derecho sin implicar su vulneración *“2. Este derecho podrá ser objeto de excepciones para infracciones penales de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto órgano jurisdiccional o haya sido declarado culpable y condenado a resultas de un recurso contra su absolución”*.

Frente a la disyuntiva sobre qué disposición aplicar, si el Pacto de Derechos Civiles y Políticos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos, frente al derecho a la doble instancia, la jurisprudencia española ha establecido lo siguiente:

*“Sentencia 116 de 2006, de 24 de abril, del Tribunal Constitucional que, si bien no hace referencia a un supuesto de aforamiento, sí que recoge una postura doctrinal favorable a considerar que se vulnera el derecho a la segunda instancia al señalar que: «Por lo que se refiere al derecho contenido en el artículo 14.5 del Pacto este Tribunal desde la STC 42 de 1982, de 5 de julio, ha venido afirmando que el mandato del artículo 14.5 PIDCP, aun cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, ‘obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho procesal penal de nuestro ordenamiento’»*<sup>23</sup>.

De lo anterior, se infiere que debe aplicar y tener como referente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, toda vez que es el instrumento que garantiza de una forma más favorable el “reconocimiento de un derecho de tal relevancia como lo es el de acceder a un recurso efectivo. Por tanto, debe articularse la posibilidad de reexamen de la sentencia condenatoria, tanto respecto de las bases que justifican la declaración de culpabilidad como de la condena impuesta. De lo contrario, estaríamos incumpliendo la normativa internacional, puesto que, como ha indicado acertadamente algún autor, en materia de *“derecho a los recursos están vedadas las interpretaciones restrictivas que colisionen con el principio favor actionis*”<sup>24</sup>.

Igualmente, los argumentos de las altas cortes de Colombia vulneran lo dispuesto por el artículo 8.2. literal h) de la Convención Americana, el cual establece que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”*.

<sup>21</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación general 32. 90° periodo de sesiones. Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007. Encontrado en el sitio Web: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf>

<sup>22</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Jesús Terrón C. España, Comunicación número 1073/2002, UN Doc. CCPR/C/82/D1073/2002, 15 de noviembre de 2004, párrafo 7.4. El Comité ha ratificado el mismo criterio en otros dos casos similares, en donde con base en el fuero de atracción, se llevaron a cabo juzgamientos en instancia única ante el Tribunal Supremo de España y el Comité decidió que dichos procedimientos eran incompatibles con el artículo 14, párrafo 5° del Pacto. Cfr. Caso Luis Hens Serean y Juan Ramón Corujo Rodríguez Vs. España, Comunicación número 1351-1352/2005, U.N. Doc. CCPR/C/92/D/1351-1352/2005, 25 de marzo de 2008, párrs. 9.2 y

<sup>23</sup> “Aforamiento y doble instancia penal de los pactos internacionales de derechos humanos a la interpretación de nuestros tribunales” Trabajo Fin de Máster presentado por Lidia Molina Gómez, bajo la dirección del Profesor D. Javier Román Pastor, como parte del programa formativo que conduce a la obtención del Título de Máster Universitario en Abogacía de la Universidad de Alicante. 2013

<sup>24</sup> Ver. Molina Gómez, Lidia. 2013.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso 11.137, Informe 55 de 1997, reconoce la supremacía de las disposiciones consagradas en la Convención Americana (disposiciones que, al tratarse de la garantía de los derechos humanos, no se pueden limitar y menoscabar arbitrariamente por el Estado). Al respecto, la comisión indica que:

257. (...) *La doble instancia no constituía, por sí misma, requisito constitucional en la época de la causa Abella; sin embargo, cabe señalar que la Convención Americana, al ser aprobada (...) y ratificada por el Estado (...), se convirtió en ley suprema de la nación.*(6)

259. *La Comisión analizará a continuación el propósito y características del derecho garantizado por el artículo 8.2.h. Es importante destacar que la Convención Americana (...) consagra ampliamente el derecho de apelación.*(7) *La Comisión considera que este recurso, establecido en favor del inculpado, le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. Esta revisión en sí tiene como objeto el control del fallo como resultado racional de un juicio justo, conforme a la ley y a los preceptos de garantía, y de la aplicación correcta de la ley penal.*

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha emitido una extensa jurisprudencia frente a la aplicación, contenido y garantía del artículo 8.2.h de la Convención Americana. A continuación, se dará a conocer cuál ha sido la postura de la Corte IDH.

Resulta de gran importancia dar a conocer el caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, del 2014. Este caso tiene gran relevancia para el tema aquí tratado, toda vez que, se trata del juzgamiento de un alto funcionario por el tribunal supremo de Suriname, y en donde no se pudo impugnar la sentencia condenatoria dada la inexistencia de recursos ordinarios idóneos y eficaces que permitan una revisión integral de este. En este caso, la honorable Corte IDH recordó que el hecho de ser juzgado por el tribunal de cierre no es garantía alguna de que el fallo no contenga yerros o vicios y, por ende, se debe garantizar el derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

Al respecto la Corte manifestó que:

103. *Sin embargo, la Corte verifica que no existió ningún recurso ante el máximo órgano de justicia que juzgó al señor Alibux que pudiera ser interpuesto a efectos de garantizar su derecho a recurrir el fallo condenatorio, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 8.2(h) de la Convención Americana. En este sentido, la Corte considera que si bien fue la Alta Corte de Justicia la que juzgó y condenó al señor Alibux, el rango del tribunal que juzga no puede garantizar que el fallo en instancia única será dictado sin errores o vicios. En razón de lo anterior, aun cuando el procedimiento penal en instancia única estuvo a cargo de una jurisdicción distinta a la ordinaria, el Estado debió garantizar que el señor Alibux*

*contará con la posibilidad de que la sentencia adversa fuera recurrida, con base en la naturaleza de garantía mínima del debido proceso que dicho derecho ostenta. La ausencia de un recurso, significó que la condena dictada en su contra quedará firme y, por ende, el señor Alibux cumpliera una pena privativa de la libertad.*

104. *Al respecto, el Tribunal estima pertinente ratificar la importancia de la existencia de un recurso que permita la revisión de una sentencia condenatoria, sobre todo en procesos penales, en donde otro grupo de derechos pueden verse limitados, especialmente el derecho a la libertad personal de un individuo, es decir, que significa una garantía del individuo frente al Estado.*

105. *Ahora bien, el artículo 8.2(h) de la Convención Americana establece el “Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. El señor Liakat Alibux fue juzgado por el máximo órgano de justicia de Suriname, por lo que no existía un tribunal o juez superior quien pudiera hacer una revisión íntegra del fallo condenatorio. Al respecto, en supuestos como estos, la Corte interpreta que al no existir un tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del tribunal que revisa el fallo condenatorio se entiende cumplida cuando el pleno, una sala o Cámara, dentro del mismo órgano colegiado superior, pero de distinta composición al que conoció la causa originalmente, resuelve el recurso interpuesto con facultades de revocar o modificar la sentencia condenatoria dictada, si así lo considera pertinente. En este sentido, la Corte ha señalado que puede establecerse, “[...], por ejemplo, [...] que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del Presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso”. Asimismo, la Corte verifica que esta ha sido la práctica de algunos Estados de la región (supra párr. 98). Sin perjuicio de ello, el Tribunal estima que el Estado puede organizarse de la manera que considere pertinente a efectos de garantizar el derecho a recurrir el fallo de los altos funcionarios públicos que corresponda<sup>25</sup>.*

En el caso Barreto Leiva vs. Venezuela (2009), en el cual se trata el tema de los aforados, la Corte IDH indicó que por más de que el Estado tenga derecho a establecer fueros especiales para el juzgamiento, no puede negar, limitar o menoscabar el derecho del funcionario aforado a recurrir el fallo condenatorio:

“88. *La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho de impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable.*

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_276\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf)

89. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.

90. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del Presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso<sup>26</sup>.

En el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), se estableció que los Estados tienen la potestad de consagrar normativamente y de asegurar la aplicación de los recursos efectivos, los cuales se catalogan como una garantía mínima al cual tienen derecho todas las personas sin distinción alguna:

“145. Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. (...)”

157. El artículo 8.2.h. de la Convención Americana dispone que durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, “de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”. (...)”

158. La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. (...)”

166. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos concluyó [...] que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...], limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5°, artículo 14 del Pacto. Por consiguiente, al autor le fue denegado el derecho a la revisión del

fallo condenatorio y de la pena, en violación del párrafo 5° del artículo 14 del Pacto<sup>27</sup>. (...)”.

Con el caso Mohamed vs. Argentina, se ratifica que el derecho a recurrir un fallo condenatorio es una garantía mínima que toda persona tiene sin importar en qué instancia se haya proferido la sentencia:

“89. (...) Sobre este aspecto del derecho a recurrir del fallo, tanto la Comisión como los representantes (supra párrs. 65 y 67) entienden que es una garantía establecida a favor del acusado y que, con independencia de que la sentencia condenatoria hubiere sido impuesta en única, primera o segunda instancia, debe garantizarse el derecho de revisión de esa decisión por medio de un recurso que cumpla con los estándares desarrollados por la Corte en su jurisprudencia.

(...)

92. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado<sup>28</sup>.

Tras estudiar, lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana, así como lo expuesto tanto por el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Corte IDH, queda más que comprobado que el Estado colombiano no está cumpliendo sus obligaciones internacionales en pro de la defensa y garantía de los derechos de los altos funcionarios con fuero.

Así las cosas, se ratifica que los funcionarios aforados del Estado colombiano tienen pleno derecho a que se les permita el acceso a la doble instancia esto es impugnando la sentencia judicial proferida en su contra. Toda vez que, el ser juzgados por el máximo tribunal de la justicia ordinaria, la Corte Suprema de Justicia, no implica un debido proceso que dé como resultado un juicio justo e imparcial y acorde al derecho, exento de toda falla, vicio o errores judiciales; y menos que se les pueda desconocer el derecho a la revisión integral del fallo condenatorio por parte de un tribunal diferente al que lo profirió.

Así mismo, el artículo 29 de la Constitución Política expresamente establece que en materia penal toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria, toda vez que la doble instancia en materia penal hace parte del contenido esencial del debido proceso<sup>29</sup>.

Por lo tanto, los artículos 235 de la Constitución Política de 1991, el artículo 75 de la Ley 600 del

<sup>27</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. <http://www.csjn.gov.ar/data/cmciidh.pdf>

<sup>29</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-718 del 18 de septiembre de 2012. Magistrado Ponente, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Pág. 22. 2012.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf).

2000 y el artículo 32 de la Ley 9006 del 2004, no solo desconocen derechos que son universales, sino adicionalmente derechos fundamentales que expresamente se han consagrado en la legislación interna como internacional reconocidos por Colombia.

## 2.2. Doctrina colombiana

La limitación a las garantías procesales de los funcionarios aforados en Colombia (derecho a impugnar y acceso a una segunda instancia), no solamente ha sido tratada por la jurisprudencia de las Altas Cortes. En contravía a lo manifestado por estas, la doctrina colombiana ha expresado su preocupación frente al tema y ha abogado para que dicha limitación y discriminación a los aforados se corrija.

De modo tal, que al garantizárseles a los funcionarios aforados el derecho a impugnar una sentencia judicial y acceder a una segunda instancia se estaría no solamente garantizando las garantías y derechos judiciales de estos sino que garantizaría una decisión judicial justa, acorde con el derecho e igualmente enmendar las fallas y errores judiciales, permitiendo la corrección de los fundamentos fácticos y jurídicos de la decisión impugnada en el evento de entrar a subsanarlos<sup>30</sup>.

Así mismo, la doctrina califica esta violación a los derechos de los aforados como un producto de una interpretación anacrónica que contraría las disposiciones internacionales sobre la materia, a las cuales Colombia se ha sometido de forma libre y voluntaria.

Moreno Ortiz, L. J., & Lozano Martínez ejemplifican la postura de los doctrinantes colombianos frente al tema. Estos autores señalan que:

*“El derecho a impugnar una sentencia, más que una cuestión de orden procedimental, es un derecho que asiste a todo procesado por la mera condición de ser humano sin distinción de ninguna índole. De manera, que la condición de congresista y la ostentación de un fuero parlamentario no constituyen límites a esa garantía.*

*La posibilidad de recurrir una sentencia, atende a la insuperable falibilidad humana de la que no es inmune ningún juez, sea de instancia o de cierre.*

*Las consideraciones de la Corte Constitucional Colombiana en punto del carácter relativo del derecho a impugnar una sentencia, no encuentran asidero con las interpretaciones y el alcance que sobre el mismo, otorgan los tratados y organismos internacionales sobre Derechos Humanos.*

<sup>30</sup> Comparar lo expuesto por los siguientes doctrinantes: Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynett, E. El Proceso Penal, fundamentos constitucionales y teoría general. (Vol. I). Bogotá, Colombia: Publicaciones Universidad Externado de Colombia. (2013); Espitia Garzón, F. Instituciones de Derecho Procesal Penal (3 ed.). Bogotá, Colombia: Legis Editores S. A. (2002); López Blanco, H. F. Procedimiento Civil (9 ed., Vol. I). Bogotá, Colombia: Dupre Editores Ltda. (2005); Moreno Ortiz, L. J., & Lozano Martínez, C. E. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. (2011) y; Urbano Martínez, J. J. El principio de intermediación en segunda instancia. Derecho Penal y Criminología (89). (2009).

*La perpetuación de esta posición anacrónica al interior de la justicia nacional, constituye un manifesto desconocimiento de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que tienen carácter vinculante y tienen prevalencia o el orden interno”<sup>31</sup>.*

## 3. Cambio jurisprudencial sin repercusión alguna

En este punto, debemos indicar, que la Corte Constitucional de Colombia, en el año 2014, se pronunció respecto al derecho a impugnar las sentencias condenatorias. La Corte reconoció que *“Tanto la Carta Política como los instrumentos internacionales de Derechos Humanos han calificado la impugnación de los fallos condenatorios como un derecho subjetivo que integra el núcleo básico del derecho de defensa”<sup>32</sup>*. Y por ende, el derecho a impugnar una sentencia condenatoria *“se trata entonces de un derecho constitucional y convencional, cuyo sujeto activo es la persona que ha sido condenada en un proceso penal”<sup>33</sup>*.

Al ser considerado como un derecho fundamental, el derecho a impugnar una sentencia condenatoria, la Corte indica que en este escenario está vedado la imposición de cualquier limitación, salvedad o excepción, contrario a si se estuviera hablando de un principio o directriz general. En ese orden de ideas, la Corte expresa que el acceso a la doble instancia tiene el estatus jurídico de una orientación general y por ende no es absoluto, contrario al derecho a impugnar una sentencia condenatoria en materia penal<sup>34</sup>.

Así pues, en materia penal existe una garantía reforzada para que la persona condenada pueda impugnar el fallo condenatorio en su contra, esto implica una revisión del fallo más allá de los aspectos formales o jurídicos de la condena<sup>35</sup>. De allí, que la Corte considera que para garantizar adecuadamente el derecho consagrado en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

*“el condenado debe poder cuestionar la decisión judicial y todos sus elementos determinantes, y que el análisis del juez debe versar sobre todas las bases normativas, probatorias y fácticas de la sentencia. En este entendido, cuando la revisión recae sobre aspectos puntuales del fallo, y no permite una nueva aproximación a la causa considerada en su conjunto, no garantiza adecuadamente el derecho consagrado en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.*

<sup>31</sup> Moreno Ortiz, L. J., & Lozano Martínez, C. E. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. (2011).

<sup>32</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 26.

<sup>33</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 26.

<sup>34</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 27.

<sup>35</sup> Comité de derechos humanos. Observación general 32. 90º periodo de sesiones. Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007. Encontrado en el sitio Web: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf>

La Corte Constitucional continúa su análisis respecto al derecho de impugnación y argumenta que:

*“En primer lugar, con esta previsión se garantiza que toda sentencia condenatoria expedida en el marco de un proceso penal pueda ser controvertida por quien ha sido declarado penalmente responsable, sin que en ningún caso la estructura del proceso penal, el número de instancias que se surtan en el juicio, el tipo de infracción cometida o la sanción impuesta, pueda ser invocada para establecer una excepción a los derechos de defensa y de contradicción. Así las cosas, toda sentencia que determina la responsabilidad penal e impone la correspondiente sanción, debe poder ser recurrida, independientemente de cualquier otra consideración”<sup>36</sup>.*

Lo anterior implica, que cualquier persona, sin importar el procedimiento penal y el número de instancias al que sea sometido, de recibir un fallo condenatorio en su contra tiene el derecho y la garantía reforzada de acudir a un recurso efectivo para impugnar dicha sentencia<sup>37</sup>, y que aquella impugnación sea estudiada por un juez u operador jurídico distinto al que impuso la condena (*Doble conformidad*). Como resultado de lo anterior, el derecho a la impugnación “activa la segunda instancia, y se convierte, entonces, en la vía procesal que materializa el imperativo de la doble instancia judicial”<sup>38</sup>.

Sin embargo, a pesar de que la Corte Constitucional (precedentes con carácter obligatorio) reconoció el derecho que tiene toda persona de impugnar un fallo condenatorio, se sigue desconociendo en el ordenamiento interno del Estado colombiano el derecho que como persona tienen los funcionarios con fuero constitucional. En el apartado anterior, se señaló que las Altas Cortes de Colombia argumentan que por ser los aforados juzgados por el máximo tribunal de la justicia ordinaria no se les viola el derecho a la impugnación y la doble instancia, entre otros, por existir la acción de tutela y la revisión a las cuales podrían acudir para controvertir el fallo condenatorio.

No obstante, la Corte Constitucional, en el año 2014, reconoció igualmente que para un efectivo ejercicio del derecho de impugnación es fundamental la existencia en el ordenamiento jurídico, de mecanismos procesales:

*“Robustecidos y amplios que permitan atacar las bases normativas, fácticas y probatorias de la condena. Si se entiende, por ejemplo, que los recur-*

*sos están atados a conjunto cerrado de causales de procedencia establecido previamente en el derecho positivo, no solo no sería viable la impugnación de todo fallo condenatorio, como lo exige el ordenamiento superior, sino únicamente aquellos cuya presunta irregularidad coincide con alguna de las previstas expresamente en el derecho legislado, sino que además, se restringiría el espectro material de la facultad constitucional, porque se impediría que el condenado cuestionara cualquiera de las bases normativas, probatorias o fácticas de la decisión judicial”<sup>39</sup>.*

Bajo este precepto, y tras analizar individual y separadamente el recurso de casación, la acción de tutela y la acción de revisión contra las sentencias judiciales, la Corte Constitucional ha indicado y reconocido que estos mecanismos no satisfacen los estándares del derecho a la impugnación, no son idóneos ni eficaces por si solos<sup>40</sup>. Puesto que aduce que:

*“La sumatoria de varios dispositivos que desde la perspectiva del derecho a la impugnación resultan insuficientes, no los convierte en recursos idóneos y eficaces, pues lo que se requiere, en definitiva, es que el operador jurídico que resuelve el recurso, pueda tener una nueva aproximación al caso y que a partir de este nuevo acercamiento determine si se justifica o no la imposición de la condena establecida en el fallo recurrido”<sup>41</sup>.*

Como resultado del anterior análisis, la Corte exhortó:

*“Al Congreso de la República para que en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar las sentencias que en el marco de un proceso penal, imponen una condena por primera vez, tanto en el marco de juicios penales de única instancia, como en juicios de dos instancias”<sup>42</sup>.*

Pese a este pronunciamiento, y cumplido el año de plazo que otorgó la Corte Constitucional al Congreso de la República de Colombia, el órgano legislativo no expidió la ley interna que permitiera garantizar de forma efectiva e idónea el derecho a impugnar una sentencia condenatoria emitida en única instancia o en juicios de dos instancias<sup>43</sup>.

Frente a esta omisión, varias personas aforadas a las que se les había vulnerado el derecho a recurrir el fallo impugnaron sus sentencias, amparados en la consecuencia jurídica establecida por la Corte

<sup>36</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 37.

<sup>37</sup> Recurso efectivo para impugnar a la sentencia se debe entender como un recurso sin limitación alguna que permita el ejercicio a plenitud del derecho a la defensa y contradicción. Es decir, que permita que el condenado controvierta tanto el contenido de la decisión judicial, como sus fundamentos normativos, fácticos y probatorios, para que a partir de los cuestionamientos del recurrente, el juez efectúe una revisión integral del caso y de la providencia condenatoria. Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 37.

<sup>38</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 38.

<sup>39</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Páginas 61-62.

<sup>40</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Páginas 70-74.

<sup>41</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 72.

<sup>42</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 74.

<sup>43</sup> ¿Qué pasó con la doble instancia para aforados? Encontrado en el sitio web: <https://laotracara.com/destacados/que-paso-con-la-doble-instancia-para-aforados/>

Constitucional en el numeral segundo del resuelve que planteaba expresamente que “*De no hacerlo, a partir del vencimiento de este término, se entenderá que procede de la impugnación de todas las sentencias condenatorias*”<sup>44</sup>.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia a través del Comunicado número 08 de 2016 declaró que la consecuencia impuesta por el fallo de la Corte Constitucional era ‘irrealizable’, pues ni la mencionada Corte, ni ninguna otra autoridad judicial contaban con las facultades para definir las reglas que permitieran poner en práctica dicho fallo, pues en su convicción, al ser la Corte Suprema de Justicia el máximo tribunal de la justicia ordinaria en Colombia, les era imposible la creación de un superior jerárquico que revisara sus sentencias, calificando como un despropósito lo resuelto por la Corte Constitucional<sup>45</sup>.

Ante la controversia que se generó, la Corte Constitucional mediante Sentencia SU-215 de 2016 delimitó los efectos de la Sentencia C-792 de 2014, expresando que dicha sentencia “*solo es aplicable a los casos que reúnan tres condiciones: (i) que se trate de condenas impuestas por primera vez en segunda instancia, (ii) en procesos penales ordinarios regulados por la Ley 906 de 2004, (iii) y respecto de providencias que no se encuentren ejecutoriadas para el 24 de abril de 2016*”<sup>46</sup>. Determinación, que perjudicó a los aforados constitucionales condenados, pues se realizó una interpretación en contravía del principio de favorabilidad, que los margina a continuar siendo víctimas de la falla estructural en estudio, viéndose impedidos a hacer uso de sus derechos fundamentales a la impugnación y a la doble instancia.

A pesar de esta nueva interpretación restrictiva, la Corte Constitucional reiteró que era en cabeza del Congreso de la República, la entidad en la que recaían las facultades legales y constitucionales para regular la falla que se presenta, escenario bajo el cual se hace procedente la radicación del presente proyecto de acto legislativo.

Ahora bien, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional fue objeto de varios salvamentos de voto por parte de los magistrados, quienes realizaron importantes observaciones a saber:

El Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva presentó salvamento de voto parcial, por considerar que la carencia de un superior jerárquico o funcional respecto de la Corte Suprema de Justicia, así como la imposibilidad de esta corporación judicial “para definir reglas procesales que habiliten la doble conformidad de sus decisiones” genera la imposibilidad de garantizar la impugnación de las condenas impuestas

por primera vez por la Sala de Casación Penal, hasta tanto el legislador no establezca la forma de hacerlo.

Por otra parte, el magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub salvó el voto, advirtiendo sobre la manifiesta vulneración de los artículos 29 de la Constitución, 8.2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como también lo señalado por la propia Corte Constitucional en la Sentencia C-792 de 2014.

Lo anterior por cuanto: 1) el exhorto contemplado en la Sentencia C-792 de 2014 estableció que procede la impugnación frente a todas las sentencias condenatorias, sin distinguir entre las proferidas en vigencia de la Ley 600 y las dictadas bajo la Ley 906 de 2004, de manera que todos los ciudadanos tienen derecho a impugnar la sentencia condenatoria; 2) afirmó que la Sala Plena desatendió lo señalado en la Sentencia C-792 de 2014, retomando la posición antigarantista que desconoce claramente que el artículo 29 de la Constitución señala que todo ciudadano tiene derecho a “impugnar la sentencia condenatoria”; 3) resaltó que no es correcto afirmar que los casos tramitados por la Ley 600 de 2000 se rijan en este momento por lo señalado en la Sentencia C-998 de 2004 (que negó la doble instancia), pues la Sentencia C-792 de 2014 suprimió dicha jurisprudencia y creó un nuevo estándar de protección, apartándose plenamente de lo señalado en la C-998 de 2004; 4) adujo que es contradictorio no conceder la acción de tutela y al mismo tiempo permitir que se presente otra tutela para subsanar el déficit de protección del derecho a la impugnación, pues ello implica reconocer abiertamente que se está violando la Constitución. Al respecto también destacó que esta solución desconoce la Sentencia C-792 de 2014, pues esta señaló expresamente que la tutela y la revisión no eran suficientes para garantizar la doble instancia; 5) destacó que la Corte ha vulnerado lo establecido de manera clara por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establecen de manera incuestionable que toda persona tiene derecho a impugnar la sentencia condenatoria. Finalmente, concluyó el magistrado Pretelt Chaljub que los accionantes, así como también otras personas a quienes se les haya negado o se les niegue el derecho a impugnar el fallo condenatorio, pueden acudir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la protección de sus derechos por la clarísima violación de los artículos 8.2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del precedente de la Sentencia del Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.

En conclusión, la posición de las altas Cortes implica que en Colombia se siga desconociendo e infringiendo lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos respecto al derecho a impugnar una sentencia condenatoria y tener acceso a una doble instancia. Dado que hoy en día, a los funcionarios aforados, por la importancia de su cargo e investidura se le limitan derechos que se constituyen internacionalmente como una garantía mínima de todas las personas y que exigen que los Estados tomen las medidas necesarias para procurar y asegurar que

<sup>44</sup> Ver. Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 77.

<sup>45</sup> Ver. Corte Suprema de Justicia. Comunicado 08/16 Sala Plena. Disponible en: <http://190.24.134.101/corte/index.php/2016/04/28/comunicado-0816-sala-plena/>. Fecha de Consulta: 6 de mayo de 2016.

<sup>46</sup> Ver página 46. Corte Constitucional. Sentencia SU-215 de 2016 de 28 de abril de 2016. Magistrado Ponente, María Victoria Calle Correa.

estos derechos no se vean trasgredidos. No obstante, el gobierno colombiano no ha tomado ninguna medida que propenda por la corrección de esta flagrante violación a los derechos de los aforados.

#### 4. Violación transversal de los derechos humanos de los aforados

Como ya se indicó, en Colombia, contra las sentencias de única instancia no procede recurso alguno y, los recursos extraordinarios o subsidiarios, fueron considerados como no pertinentes e ineficaces para garantizar el derecho a la impugnación. No obstante, los aforados recurren, por lo general, a interponer una acción de tutela contra la sentencia de única instancia emitida por la Corte Suprema de Justicia.

Pero, los problemas y desventajas que enfrentan los funcionarios-aforados condenados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es que la acción de tutela, en primer lugar tiene unas causales específicas de procedencia (vías de hecho), y conforme a la reglamentación de la misma, en primera instancia, es de conocimiento de la Sala Civil de la Corte y la impugnación se surte ante la misma Corte Sala Laboral; en un principio estas salas mantuvieron la postura de la inmutabilidad de la sentencia –cosa juzgada– por lo que se abstendían de su revisión; posteriormente dieron paso al rechazo de la tutela por lo que se debía acudir a las Salas Disciplinarias de los Consejos Superiores de la Judicatura, entidades que le dan el trámite que corresponde pero cuyas pretensiones no son consideradas, pues se ha evidenciado que, regularmente se acude a la transcripción de lo indicado en la respectiva sentencia; por último, por disposición legal es enviada en revisión a la Corte Constitucional y su no escogencia implica que el actor pueda acudir a través de la insistencia para intentar nuevamente en que se proceda a su escogencia para su eventual revisión, lo que no se garantiza que se controvierta en profundidad y a cabalidad todo el proceso. Lo particular, es que el fallo de tutela tanto en primera como en segunda instancia es producido por los magistrados de diferentes salas –Civil y Laboral– pero sus nombramientos provienen de votos de sus compañeros que conforman la Sala Penal y viceversa.

Dado que los derechos fundamentales son inherentes a todas las personas sin exclusión alguna, la restricción arbitraria e injusta impuesta contra los funcionarios aforados de no poder impugnar el fallo condenatorio en su contra y por ende la negación de acudir a una segunda instancia para su revisión, trae consigo un efecto dominó en donde se le desconocen toda una serie de derechos fundamentales a los aforados constitucionales.

Los derechos humanos tienen la característica de ser conexos e interdependientes, de allí que el desconocimiento, limitación y/o trasgresión de un derecho impacte negativamente en otros derechos fundamentales.

El desconocimiento del derecho de los aforados a impugnar un fallo condenatorio, afecta gravemente el derecho a la igualdad, pues se desconoce su calidad de persona y se le impone una limitación en función a su cargo público, implicando una discrí-

minación negativa. Igualmente, se vulnera el derecho a la presunción de inocencia “Cuyo contenido nutren, entre otras, las garantías de separación entre juez y acusación, la posibilidad de participación del acusado en la actividad de formación y discusión de las pruebas y por supuesto, la posibilidad de impugnar el fallo judicial que define la causa” permitiendo, esta última, la “Verificabilidad y refutabilidad de la que no pueden ser inmunes las hipótesis judiciales. De ahí, que la pluralidad de grados de un juicio activable por las partes insatisfechas, se erija como un mecanismo de control de las decisiones al que puede acceder todo procesado”<sup>47</sup>.

Así mismo, se afecta el derecho a la defensa, toda vez que se le impide controvertir ante un tribunal imparcial e independiente un fallo condenatorio que por más que haya sido proferido por el tribunal de cierre, subsiste la posibilidad de que haya sido erróneo. De igual modo, se limita el derecho a acudir a un recurso efectivo, ya quedó demostrado que, en el ordenamiento colombiano los recursos y/o acciones ordinarias como extraordinarias no son idóneos para una adecuada e íntegra revisión del fallo condenatorio como del proceso en general.

Esta cadena consecutiva de violaciones evidencia que el debido proceso o garantías judiciales de los aforados constitucionales se encuentran gravemente lesionadas y limitadas. Toda vez que en el Estado colombiano se sigue manejando una interpretación y aplicación anacrónica y acomodada de lo que es el núcleo básico del derecho a impugnar un fallo condenatorio y acceder a una segunda instancia.

Interpretación y aplicación que se aleja de la obligación como estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana, en cuanto a la armonización de las disposiciones internas con base a lo dispuesto en los tratados o instrumentos internacionales de derechos humanos que vía bloque de constitucionalidad priman en el Estado colombiano.

Es por lo expuesto que, se observa la necesidad de que en Colombia se regule y se garantice el derecho a una doble instancia y al recurso efectivo para los funcionarios aforados, conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

#### REFERENCIAS

##### B

Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynett, E. El Proceso Penal, fundamentos constitucionales y teoría general. (Vol. I). Bogotá, Colombia: Publicaciones Universidad Externado de Colombia. (2013).

##### C

• Cardona, Libardo. ¿Cómo está la “parapolítica” en Colombia? Publicado en la Revista *Semana*. Encontrado en el sitio Web: <http://www.semana.com/nacion/justicia/articulo/como-esta-parapolitica-colombia/103801-3>

47 Moreno Ortiz, L. J., & Lozano Martínez, C. E. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda. (2011).

- CCPR/C/82/D1073/2002, 15 de noviembre de 2004, párr. 7.4.

- Centro internacional para la justicia internacional & Asdi. Procesos contra aforados constitucionales –parapolítica. Encontrado en la página web: <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Revisitas/Libro%20parapol%C3%ADtica%20CSJ.pdf>. Página 95. 2010.

- Comité de Derechos Humanos. Observación general 32. 90º periodo de sesiones. Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007. Encontrado en el sitio Web: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf>

- Comunicado 08/16 Sala Plena. Corte Suprema de Justicia. Disponible en: <http://190.24.134.101/corte/index.php/2016/04/28/comunicado-0816-sala-plena/>

- Constitución Política de Colombia de 1991.

- Corte Constitucional. C-545 del 28 de mayo de 2008. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla. Página 15. 2008.

- Corte Constitucional. C-142 de abril 20 de 1993, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía. 1993.

- Corte Constitucional. C-245 de junio 3 de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa. 1996.

- Corte Constitucional. Sentencia C-718 del 18 de septiembre de 2012. Magistrado Ponente, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Páginas 22. 2012.

- Corte Constitucional. Sentencia C-792 del 29 de octubre de 2014. Magistrado Ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. Página 54.

- Corte Constitucional. Sentencia SU-215 de 15 de abril de 2016. Magistrado Ponente, María Victoria Calle.

- Corte Constitucional. Sentencia C-934 del 15 de noviembre de 2006. Magistrado Ponente, Manuel José Cepeda Espinosa. 2006.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_206\\_esp1.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_107\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero de 2014. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_276\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mohamed Vs. Argentina. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. <http://www.csjn.gov.ar/data/cm-cidh.pdf>

- Corte Suprema de Justicia. Comunicado 08/16.

- <http://190.24.134.101/corte/index.php/2016/04/28/comunicado-0816-sala-plena/>

## E

- *El Tiempo*. Escándalo de la ‘parapolítica’ completó 51 congresistas involucrados y 29 presos. Encontrado en el sitio web: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4085772>

- Espitia Garzón, F. Instituciones de Derecho Procesal Penal (3 ed.). Bogotá, Colombia: LEGIS Editores S. A. (2002)

## L

- Lidia Molina Gómez, “Aforamiento y doble instancia penal de los pactos internacionales de derechos humanos a la interpretación de nuestros tribunales” Trabajo Fin de Master dirección del Profesor D. Javier Román Pastor, como parte del programa formativo que conduce a la obtención del Título de Máster Universitario en Abogacía de la Universidad de Alicante. 2013.

- López Blanco, H. F. Procedimiento Civil (9 ed., Vol. I). Bogotá, Colombia: DUPRE Editores Ltda. (2005).

## M

- Moreno Ortiz & Lozano Martínez. Fuero y Desafueros. Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones Universidad Sergio Arboleda.

## O

- ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Jesús Terrón c. España, Comunicación número 1073/2002, UN Doc.

- ONU, Comité de Derechos Humanos, Cfr. Caso Luis Hens Serean y Juan Ramón Corujo Rodríguez Vs. España, Comunicación No. 1351-1352/2005, U.N. Doc. CCPR/C/92/D/1351-1352/2005, 25 de marzo de 2008, párrs. 9.2.

- ONU, Comité de derechos humanos. Observación general 32. 90º periodo de sesiones. Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007. Encontrado en el sitio Web: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf>

## Q

- ¿Qué pasó con la doble instancia para aforados? Encontrado en el sitio web: <https://laotracara.co/destacados/que-paso-con-la-doble-instancia-para-aforados/>

## S

- Sala de Casación Penal. Auto del 18 de febrero de 1997 (Proceso Radicado número 10684), Corte Suprema de Justicia. 1997.

- Sentencia C-191-98 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Sentencia C-225-95 M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

- Sentencia C-358-97 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Sentencia C-578-95 M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

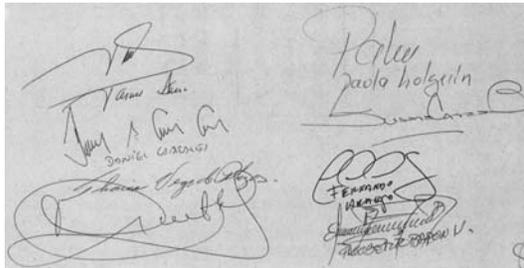
**U**

• Urbano Martínez, J. J. El principio de inmediatez en segunda instancia. Derecho Penal y Criminología (89). (2009).

**V**

• Verdadabierta.com. De la curul a la cárcel. Encontrado en el sitio web: <http://www.verdadabierta.com/component/content/article/63-nacional/4800-de-la-curul-a-la-carcel>

• Villadiego Burbano, Carolina. Juzgar a altos funcionarios. Publicado en marzo 6 de 2015. Encontrado en el sitio web: <http://www.dejusticia.org/#!/actividad/2498>



SENADO DE LA REPÚBLICA  
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 22 de marzo de 2017

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 15 de 2017 Senado, por el cual se modifican los artículos 31 y 325 de la Constitución, se crea la doble instancia para aforados constitucionales y se dictan otras disposiciones, me permito remitir a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores Jaime Amin Hernández, Paola Holguín, Daniel Cabrales, Thania Vega de Plazas, Fernando Araujo, Rigoberto Barón, Susana Correa.

La materia de que trata el mencionado Proyecto de Acto Legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

PRESIDENCIA DEL HONORABLE  
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 22 de marzo de 2017

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado Proyecto de ley a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

*Óscar Mauricio Lizcano Arango.*

El Secretario General del honorable Senado de la República,

*Gregorio Eljach Pacheco.*

**CONTENIDO**

Gaceta número 168 - Viernes, 24 de marzo de 2017

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO Págs.

Proyecto de Acto legislativo número 14 de 2017 Senado, por el cual se incluye el artículo 11-A dentro del Capítulo I del Título II de la Constitución Política de Colombia .....	1
Proyecto de Acto legislativo número 15 de 2017 Senado, por el cual se modifican los artículos 31 y 235 de la Constitución, se crea la doble instancia para aforados constitucionales y se dictan otras disposiciones.....	20